Zur Identität der Grundtatbestände des Arbeits-, Beschäftigungs- und Dienstverhältnisses im Arbeits-, Sozialversicherungs- und Lohnsteuerrecht

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität Göttingen

vorgelegt von
Eckhard Prange
aus Berlin

Göttingen 1975

1974

Zur Identität der Grundtatbestände des Arbeits-, Beschäftigungs- und Dienstverhältnisses im Arbeits-, Sozialversicherungs- und Lohnsteuerrecht

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität Göttingen

vorgelegt von
Eckhard Prange
aus Berlin

Göttingen 1975

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Berichterstatter: Prof. Dr. Walter Bogs
Mitberichterstatter: Prof. Dr. Horst Neumann-Duesberg
Tag der mündlichen Prüfung: 17. Dezember 1974

Inhaltsverzeichnis

		Seite
Einleitung		1
Erster Teil:	Das Arbeitsverhältnis	4
1. Kapitel:	Begriff und Wesen des Arbeitsverhältnisses unter Zugrundelegung der Vertragstheorie	4
1.	Die allgemeinen Begriffsmerkmale des Arbeitsverhältnisses	4
2.	Das Arbeitsverhältnis als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis	5
3.	Das Arbeitsverhältnis als Status-Verhältnis	10
4.	Das faktische Arbeitsverhältnis	11
2. Kapitel:	System und Methodik der Eingliederungstheorie	17
1.	Das Arbeitsverhältnis als sozialrechtliches Organisationsverhältnis	18
2.	Die Lehre Molitors	20
3.	Das Arbeitsordnungsgesetz und seine Auswirkungen auf die Dogmatik zum Einzelarbeitsverhältnis	23
	a) im Hinblick auf die Vertrags- (Einheits-) theorie	25
	b) im Hinblick auf die Lehren von Siebert und Nikisch	28
4.	Die Lehre vom personenrechtlichen Arbeitsverhältnis	29
5.	Die Eingliederungstheorie unter Zugrundelegung der älteren Lehre von Nikisch	35
6.	Grundzüge der Eingliederungstheorie nach dem Außerkrafttreten des Arbeitsordnungsgesetzes	43
7.	Die Lehre Sieberts von den sozialschöpferischen Verträgen	45

		Seite
8.	Die Eingliederungstheorie im Sinne der neueren Lehre von Nikisch	47
3. Kapitel :	Stellungnahme zur Vertrags- und Eingliederungstheorie	53
1.	Stellungnahme zur Lehre vom personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis	53
2.	Erörterung der Wesensmerkmale des Arbeitsverhältnisses	58
3.	Der Entstehungstatbestand des faktischen Arbeitsverhältnisses	75
Zweiter Teil:	Zur Identität der Grundtatbestände im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht	82
1. Kapitel :	Die Rechtsnatur des versicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses	82
I.	Die konstituierenden Merkmale des Beschäftigungsverhältnisses	82
II.	Die Rechtsprechung zum Krankenversicherungsgesetz	86
1.	zur allgemeinen Qualifikation des Beschäftigungsverhältnisses	87
2.	zum Beginn des Beschäftigungsverhältnisses ohne gleichzeitige tatsächliche Arbeitsaufnahme	89
3.	zur Frage der Einwirkung von Arbeitsunterbrechungen auf das Beschäftigungsverhältnis	93
4.	zur Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses	102
III.	Die Rechtsprechung des Reichsversicherungsamtes	107
1.	zur Frage der Einwirkung von Arbeitsunterbrechungen auf das Beschäftigungsverhältnis	107
2.	zur Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses	122
3.	zum Beginn des Beschäftigungsverhältnisses	125

Seite

4. Die Rechtsprechung des Reichsversicherungsamts zur Bestimmung des Arbeitgeberbegriffes und zur Abgrenzung der selbständigen bzw. versicherungsfreien Erwerbstätigkeit von der abhängigen Erwerbstätigkeit 132

IV. Stellungnahme zur Rechtsprechung des Reichsversicherungsamts 138

V. Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts 142

1. zur Unterbrechung der tatsächlichen Arbeit durch einen Streik 142

2. Die Rechtsprechung insbesondere des 3.Senats des Bundessozialgerichts

a) zur Identität der Grundbegriffe des Arbeits- und Beschäftigungsverhältnisses und zum Fortbestand des Beschäftigungsverhältnisses bei sonstigen Unterbrechungen der tatsächlichen Arbeit 145

b) zum Beginn des Beschäftigungsverhältnisses 149

3. Die Bedeutung der Parteiautonomie bei der Abgrenzung der versicherungspflichtigen von der versicherungsfreien Mitarbeit 152

4. Die Rechtsprechung des 2., 4. und 11.Senats des Bundessozialgerichts zur Rechtsnatur des Beschäftigungsverhältnisses 156

2.Kapitel: Das Arbeitsverhältnis und das Beschäftigungsverhältnis als einheitlicher Grundtatbestand im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht 175

1. Die Identität der Grundbegriffe des Arbeits- und Beschäftigungsverhältnisses 175

2. Zur Verweisung des Sozialversicherungsrechts auf zivilrechtliche Rechtsinstitute 183

Seite

Dritter Teil: Zur Identität der Grundtatbestände des Arbeits- und des Beschäftigungsverhältnisses im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht einerseits und des Dienstverhältnisses im Lohnsteuerrecht andererseits 185

1. Die allgemeinen Begriffsmerkmale des Dienstverhältnisses im Sinne des Lohnsteuerrechts 185

2. Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zur Identität der Grundtatbestände 186

3. Die Indizienlehre des Bundessozialgerichts und des Bundesfinanzhofes 187

4. Die Verklammerung des Sozialversicherungsrechts und des Lohnsteuerrechts im Entgeltbegriff 188

5. Die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes zur Identität des Arbeits-, Beschäftigungs- und Dienstverhältnisses 189

6. Die Anerkennung der zivilrechtlichen Gestaltungsfreiheit im Steuerrecht durch die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes als Ausdruck der Identität des Arbeits- (Beschäftigungs-)verhältnisses und des Dienstverhältnisses 196

7. Zur Kritik der wirtschaftlichen Betrachtungsweise 205

8. Die Kongruenz der zivil-, sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Betrachtungsweise, dargestellt an Hand ausgewählter der Rechtsprechung entnommener Fallgruppen 210

9. Schlußbetrachtung 228

Literaturverzeichnis

Adolph, W.	Auswirkungen von Streik und Aussperrung in der Sozialversicherung, DB 1963, S.658 ff.
Albrecht, Georg	Unterbrechung der Beschäftigung und Versicherungspflicht, WzS 1958, S.166 ff.
	Die Versicherungspflicht in der Krankenversicherung, 3. Auflage, Bad Godesberg 1961.
	Das versicherungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis, SozVers. 1962, S.72 ff.
	Das Beschäftigungsverhältnis in der Rechtsprechung des BSG, SozVers 1966, S. 100 ff.
v.Altrock, A.	Haus- und Meistersöhne, Monatsschrift für Arbeiter- und Angestelltenversicherung 1940, Sp.97 ff.
	Arbeitsvertrag und Sozialversicherung, RdA 1951, S.130 ff.
	Sozialversicherung und Lohnsteuer, SGb 1960, S.33 ff.
Ballerstedt, Kurt	Arbeitskraft und Handlungsbegriff, JZ 1953, S.398 ff.
Bauer, Fehn, Liebing, Scheerer, Söchting	Kommentar zur RVO, 4. und 5.Buch, Band I,Weinheim, Bergstraße, Stand 1.Januar 1972.
Behr, Ernst (Bearbeiter)	Die Rechtsprechung des Großherzoglich Badischen Verwaltungsgerichtshofes, Dritter Teil, Karlsruhe 1911.
Beitzke, Günther	Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen, Schloß Bleckede a.d.Elbe 1948 (zit.: Nichtigkeit).
Berié-Hentrich	Kommentar zum Lohnsteuerrecht, Berlin und Frankfurt a.M. 1955.
Biedenkopf, Kurt u.a.	Bericht der Sachverständigenkommission zur Auswertung der bisherigen Erfahrungen bei der Mitbestimmung, BT.-Drs. VI/334

Blenke, Hans — Gestaltungsfreiheit im Steuerrecht und ihre Grenzen, 2. Auflage, Herne-Berlin 1968

Blümich-Falk — Kommentar zum EStG, 2.Band, 10.Auflage, München 1972

Bogs, Harald — Zum Streikurteil des Krankenversicherungs-Senats des Bundessozialgerichts vom 15.12.1971, BKK 1973, S. 134 ff.

Bogs, Walter — Wandlungen im Urlaubsrecht und ihre Auswirkungen auf die Sozialversicherung, ZRR 1937, S.169 ff.

Umgehung sozialversicherungsrechtlicher Vorschriften, insbesondere Umgehung der Versicherungspflicht, ZRR 1938, S.165 ff.

Gegenwartsfragen sozialer Versicherung, Schriften der Hochschule für Arbeit, Politik und Wirtschaft, Wilhelmshaven-Rüstersiel 1950 (Herausgeber)

Die Grenzen der Versicherungspflicht und ihre Umgehung, WzS 1951, S. 2 ff.

Die Rechtsstellung der Meistersöhne in der Sozialversicherung, in: Festgabe für Walter Rohrbeck, Berlin 1956.

Zum Meistersohn-Urteil des Bundessozialgerichts, KrV 1956, S.247 ff.

Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zur Krankenversicherung, BArBl. 1962,S.369 ff.

80 Jahre Sozialrechtspflege - 10 Jahre Sozialgerichtsbarkeit, DVBl. 1964, S.1 ff.

Die Rechtsstellung der Kassenärzte und der an der kassenärztlichen Versorgung beteiligten Ärzte nach der höchstrichterlichen Judikatur, DOK 1964 , S.533 ff.

Soziale Sicherung in der Bundesrepublik Deutschland, Bericht der Sozialenquete-Kommission, erstattet von: Walter Bogs, Hans Achinger, Helmuth Meinhold, Ludwig Neundörfer,

Bogs, Walter	Wilfrid Schreiber, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1966.
	Verfassungsrechtliche Fragen in der Rechtsprechung des BSG, DOK 1968, 314 ff.
	Auswirkungen der Reform der Ehescheidung auf das Sozialversicherungsrecht, SGb 1970, S.321 ff.
	Sozialversicherungsrecht und Arbeitsrecht, DOK 1970, S. 517 ff.
	Arbeitskampf und Sozialversicherung. Zur Rechtsstellung der Versicherten bei Streik und Aussperrung, in: Grundprobleme des Versicherungsrechts, Festgabe für Hans Möller, Karlsruhe 1972.
	Neue Rechtsgestaltungen im landwirtschaftlichen Sozialrecht, SGb 1973, S.1 ff.
Bohmer, Hans	Die persönliche Abhängigkeit für die Beurteilung der Versicherungspflicht, SozVers. 1959, S.118 ff.
Bötticher, Eduard	Vertragstheorie und Eingliederungstheorie, RdA 1955, S.321 ff.
Brackmann, Kurt	Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band II, 1.-7.Auflage, Bad Godesberg 1970.
Brecher, Fritz	Das Arbeitsrecht als Kritik des bürgerlichen Rechts, in: Festschrift für Erich Molitor, München und Berlin 1962.
Brox-Rüthers	Arbeitskampfrecht, Stuttgart 1965.
Brüggemann, Dieter	Großkommentar zum HGB, 1.Band, 3.Auflage, Berlin 1967.
Bühler-Paulick	Kommentar zum Einkommen- und KörperschaftsteuerG, 2. Auflage, München, Stand (EStG): Sept. 1972
Bulla, Gustav-Adolf	Anmerkung zum Urteil des BSG vom 30.8. 1955, AP Nr.1 zu § 99 AVAVG
Bundschu	Der Beginn der Kassenmitgliedschaft bei Erkrankung vor der Arbeitsaufnahme, DK 1931, Sp.1454 ff.
Bungert, Klaus	Auf den Spuren des Reichsversicherungsamts, SozSich. 1956, S.78 ff.
Crone, Hans	Arbeitsvertrag und Eingliederungstheorie, RdA 1952, S.372 ff.

Demuth, Arthur

Die Einwirkung von Arbeitskämpfen auf das Versicherungsverhältnis der Sozialversicherung,
Göttinger Dissertation 1969.

Dersch ,Hermann

Die freiwillige Fortsetzung der Versicherung nach dem Versicherungsgesetz für Angestellte,
Monatsschrift für Arbeiter- und Angestellten-Versicherung 1914, Sp.372 ff.

Das neue Angestelltenversicherungsgesetz,
3.Auflage,Mannheim, Berlin, Leipzig 1926.

Das Beschäftigungsverhältnis im Arbeitsrecht und seine Auswirkungen, besonders bei Betriebsübergang,
ArbRP 1930, S.142 ff, 181 ff.

Arbeitsunterbrechungen in der Wechselwirkung von Sozialversicherung und Arbeitsrecht,
ZRR 1935, S.292 ff.

Werdendes Arbeitsrecht,
ZAkDR 1935, S.368 ff.

Grundsätzliches zu einer künftigen Neugestaltung der Fürsorgepflicht im Arbeitsrecht,
ZAkDR 1935, S.902 ff.

Praktische Zusammenhänge zwischen Sozialversicherung und Arbeitsrecht betrachtet im Hinblick auf den Akademieentwurf über ein Arbeitsverhältnisgesetz, ArbVers.1938, S.505 ff.

Entwicklungslinien der Fursorgepflicht des Arbeitgebers im Arbeitsverhältnis,
RdA 1949, S.325 ff.

Wechselwirkungen zwischen Arbeitsrecht und Sozialversicherung in der neueren Entwicklung,
RdA 1950, S.321 ff.

Die Rechtsstellung von Organmitgliedern juristischer Personen und Gesellschaften im Arbeitsrecht,
RdA 1951, S.212 ff.

Die neuere Entwicklung der Fürsorgepflicht im Arbeitsverhältnis,
Festschrift für Wilhelm Herschel,
Schriftenreihe des BAM, Heft 1, S.71 ff.

Entwicklungslinien im Arbeitsrecht unter Abweichung vom BGB,
RdA 1958, S.441 ff.

Dersch, Hermann	Sozialstaatlichkeit und Rechtsstaatlichkeit, in: Sozialreform und Sozialrecht, Festschrift für Walter Bogs, Berlin 1959.
	Der Begriff "Arbeitnehmer", in: Arbeitsrecht-Blattei (Loseblattausgabe), Stuttgart 1960.
Dersch, Knoll, Brockhoff, Schroeter, Aye, Göbelsmann	RVO-Gesamtkommentar, Wiesbaden 1967 (Stand 1970).
Dietz, Rolf	Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 4.Auflage, München und Berlin 1967.
Draeger-Buchwitz-Schönfelder	Kommentar zum AVAVG, Band II, Stuttgart 1961.
Erman	Kommentar zum BGB, 1.Band, 4. Auflage, Münster 1967.
Esser, Josef	Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, 2.Auflage, Karlsruhe 1959.
Etmer, F.	Kommentar zum AVG, München, Stand: September 1970.
Farthmann, Friedhelm	Zur Anfechtbarkeit von Arbeitsverträgen, RdA 1958, S.338 ff.
	Der "personenrechtliche Charakter" des Arbeitsverhältnisses, RdA 1960, S.5 ff.
v.Frankenberg, H.	Der Beginn und das Ende der krankenversicherungspflichtigen Beschäftigung, ArbVers.1906, S.105 ff.
Fechner, Erich	Sozialer Rechtsstaat und Arbeitsrecht, RdA 1955, S.161 ff.
Fenn, Herbert	Die Mitarbeit in den Diensten Familienangehöriger, Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich 1970 (zit.: Die Mitarbeit Familienangehöriger).
	Fürsorgetheorie und Entgelttheorie im Recht der Arbeitsbedingungen, ArbuR 1971, S.321 ff.

Fitting-Kraegeloh-Auffarth	Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 9.Auflage, Berlin und Frankfurt a.M. 1970.
Flume, Werner	Zum 50-jährigen Bestehen einer selbständigen höchstrichterlichen Steuerrechtsprechung, DB 1968, S.1365 ff.
Galperin, Hans	Begriff und Wesen des Betriebsverbandes, in: Arbeitsrecht der Gegenwart, Dokumentation 1963, Band 1964.
Gamillscheg, Franz	Arbeitsrecht, 3.Auflage, München 1973.
v. Gierke, Otto	Deutsches Privatrecht, Band I, Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig 1895.
	Band III, Schuldrecht, München und Leipzig 1917.
	Die Wurzeln des Dienstvertrages, in: Festschrift für Brunner, München und Leipzig 1914.
Goertz	Beginn und Ende der Kassenmitgliedschaft in neuer Entwicklung, ArbVers. 1942, S.144 ff.
Gotzen-Doetsch	Kommentar zur Unfallversicherung, Darmstadt 1963.
Grunsky, Wolfgang	Der Entzug eines vertraglichen Ruhegeldanspruches nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, JuS 1970, S.16 ff.
	Die Verfallbarkeit von betrieblichen Ruhegeldanwartschaften, ArbuR 1971, S.148 ff.
Gura, Karl	Der Einfluß des Arbeitsvertrages auf das Ende des versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses, SozSich. 1964, S.82 ff.
Hahn, Julius	Das Krankenversicherungsgesetz mit den Abänderungsgesetzen, Kommentar, 3.Auflage, Berlin-Grunewald 1904; 6.Auflage, Groß-Lichterfelde 1909.
Hahn	Zur Erläuterung des § 17 Abs.2 Inv. und A.V.Gesetz, Zeitschrift für Invaliditäts- und Altersversicherung 1894, S.145 ff.

Hahn	Fragen der Krankenversicherung aus Anlaß von Streik, Aussperrung und Aufruhr, BKK 1919, S.89 ff.
	Der Einfluß des Streiks auf die Krankenversicherung, ArbVers. 1923, S.1 ff.
Hahn-Kühne	Handbuch der Krankenversicherung, 10. und 11.Auflage, Berlin 1929.
Hanau, Peter	Besprechung von Hueck-Nipperdey, Grundriß des Arbeitsrechts, 5.Auflage,in: RdA 1971, S.57.
Hanow-Lehmann	Kommentar zur RVO, 4.Buch, Invalidenversicherung, 4.Auflage, Berlin 1925.
Hanow-Lehmann-Bogs	Kommentar zum 4.Buch der RVO von A.v. Altrock, 5.Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1969.
Hartz, Wilhelm	Die Auslegung von Steuergesetzen, Herne 1957.
Hartz-Over	ABC-Führer Lohnsteuer, 3.Auflage,Stuttgart 1957.
Hartz-Meeßen	ABC-Führer Lohnsteuer, 3.Auflage, Stuttgart, Stand: Jan.1970
Hastler, Hans	Anmerkung zum Urteil des LSG Hamburg vom 21.1.1955, SGb 1956, S.165 ff.
Hauck, Karl	Das Einkommen als Grundlage des Versicherungsverhältnisses in der Sozialversicherung, DOK 1966, S.113 ff.
Haueisen, Fritz	Isolierung der Sozialgerichtsbarkeit?, NJW 1964, S.626 ff.
Henkel, Heinrich	Einführung in die Rechtsphilosophie, München und Berlin 1964.
Hentschel	Die Begründung des Arbeitsverhältnisses, DAR 1936, S.299 ff.
Herrmann-Heuer	Kommentar zur Einkommensteuer und Körperschaftsteuer, Band IV, 15.Auflage, Köln-Marienburg, Dez. 1972.

Herschel, Wilhelm	Entwicklungstendenzen des Arbeitsrechts, RdA 1956, S.161 ff.
	Das Arbeitsrecht, in: Die Grundrechte, 3.Band, Berlin 1958 (Herausgeber:Bettermann,Nipperdey, Scheuner).
	Anmerkung zum Urteil des BAG vom 8.8.1958, in: Arbeitsrecht-Blattei (Loseblattausgabe),Stuttgart 1959.
	Arbeitsrecht in der Wohlstandsgesellschaft, RdA 1968, S.402 ff.
Hessel, Philipp	Das tatsächliche Arbeitsverhältnis, in: Arbeitsrecht-Blattei (Loseblattausgabe), Stuttgart 1954.
	Streik und Arbeitsverhältnis, BB 1956, S.598 ff.
Hoffmann, Franz	Krankenversicherungsgesetz und Gesetz über die eingeschriebenen Hülfskassen nebst Ausführungsbestimmungen, 3. und 4. Auflage, Berlin 1908.
	Der Einfluß des Streiks auf die Krankenversicherungspflicht, ArbVers. 1922, S.545 ff.
	Kommentar zur RVO, Zweites Buch, 7.Auflage, Berlin 1927; 8.Auflage, Berlin 1929.
Hoffmann-Kreill	Kommentar zum Zweiten Buch der RVO, 9. Auflage, Berlin 1939.
Hoffrichter,K.-J.	Der gewerkschaftliche Streik und die Sozialversicherung der Streikteilnehmer, BKK 1955, Sp. 505 ff.
Hopfenmüller, Theo	Zur Begrenzung der Gestaltungsfreiheit im Steuerrecht, in: Gedenkschrift für Armin Spitaler, Köln 1965.
Huber, Ernst Rudolf	Betriebsgemeinschaft und Arbeitsverhältnis, JW 1937, S.1111 ff.

Hueck, Alfred	Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis im neuen Arbeitsvertragsgesetze, IheringsJ Band 74, S. 358 ff,Jena 1924.
	Die Begründung des Arbeitsverhältnisses, DAR 1938, S.180 ff.
	Der Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis, ZAkDR 1938, S.298 ff.
	Vertragstheorie und Eingliederungstheorie, RdA 1955, S.323 ff.
	Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 3.Auflage, Berlin 1964.
Hueck-Nipperdey	Lehrbuch des Arbeitsrechts, 3.-5. Auflage,Mannheim, Berlin, Leipzig 1931.
	Lehrbuch des Arbeitsrechts, Erster Band, 7.Auflage, Berlin und Frankfurt 1963.
	Grundriß des Arbeitsrechts, 5.Auflage, Berlin-Frankfurt/Main 1970.
Hueck-Nipperdey-Dietz	Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, Kommentar, 1.Auflage, München und Berlin 1934; 3.Auflage, München und Berlin 1939.
Hueck-Nipperdey-Stahlhacke	Kommentar zum Tarifvertragsgesetz, 4.Auflage, München und Berlin 1964.
Hueck, Götz	Einige Gedanken zum Begriff des Arbeitnehmers, in: Festgabe für Alfred Hueck zum 80.Geburtstag, RdA 1969, S.216 ff.
Jacobi, Erwin	Grundlehren des Arbeitsrechts, Leipzig 1927 (zit.: Grundlehren).
Jahn, Kurt	Allgemeine Sozialversicherungslehre, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1965 (zit.: Sozialversicherungslehre).
Jantz-Zweng	Das neue Recht der Rentenversicherung der Arbeiter und Angestellten, 2.Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967.
Joerges	Arbeitsverhältnis und Betriebsgemeinschaft.Wesen und Rechtsgrund, DAR 1938, S.91 ff.

Kaskel-Dersch	Arbeitsrecht, 5.Auflage, Berlin-Heidelberg,Göttingen 1957.
Keidel, G.	Sämtliche Entscheidungen des Reichsgerichts, der deutschen Verwaltungsgerichtshöfe und Oberlandesgerichte sowie zahlreiche Entscheidungen anderer Gerichte und Behörden auf dem Gebiet der Krankenversicherung, 2.Auflage, Gießen 1901 (zit.:Entscheidungen).
Knoll, Ernst	Der Einfluß des Streiks auf das sozialversicherungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis, JZ 1960, S.719 ff.
Koch-Hartmann-v.Altrock-Fürst	Das Angestelltenversicherungsgesetz, Kommentar, Band I, Berlin-Wiesbaden 1970, Band IV, 2./3.Auflage, Stand: Dezember 1971.
Kossow, W.	Einwirkung von Arbeitsunterbrechungen ohne Entgelt aus "besonderem Anlaß" auf Beitragszahlungen und Leistungen , BKK 1966, Sp. 483 ff.
Krebs, Heinrich	Streik und Sozialversicherung unter besonderer Berücksichtigung der Krankenversicherung, BlStSozArbR 1963, S.247 ff. Kommentar zum AVAVG, München und Berlin 1966.
Kreller, Hans	Zum Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, AcP Band 122, Tübingen 1924.
Kruse, Heinrich Wilhelm	Lehrbuch des Steuerrechts, I.Allgemeiner Teil, München und Berlin 1966.
Kuhns-Reinnard	Das gesamte Recht der Heilberufe, Berlin 1958.
Lademann-Lenski-Brockhoff	Kommentar zum Einkommensteuergesetz, Loseblattsammlung, 3.Auflage, Stuttgart, München, Hannover.
Langkeit, Herbert	Probleme der Verweisung in der Regelung der Familienkrankenpflege, SGb 1963, S.289 ff.
Larenz, Karl	Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, 9.Auflage, München 1968.
Lehmann, Heinrich	Faktische Vertragsverhältnisse , NJW 1958, S.1 ff.

Lekon, Ernst	Versicherungsrechtliche Beurteilung der Arbeitsunterbrechungen ohne Entgeltzahlung, DOK 1958, S.453 ff.
Löhmann/Lubinetzki	Der Streik und seine Auswirkungen auf die Kassenmitgliedschaft und Leistungen, SozVers. 1962, S. 245 ff.
Lotmar, Philipp	Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reichs, I.Band, Leipzig 1902.
Löwisch/Rödig	Besprechung von Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, in: RdA 1970, S. 55 ff.
Mannsfeld, Werner	Vom Arbeitsverhältnis, ZAkDR 1935, S.906 ff.
	Die arbeitsvertragliche Begründung und Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses, JW 1936, S.481 ff.
	Vom Arbeitsvertrag, DAR 1936, S.118 ff.
Mannsfeld-Pohl-Steinmann-Krause	Die Ordnung der nationalen Arbeit, Kommentar zum AOG, Berlin-Leipzig-Mannheim-München 1934.
Maus, Wilhelm	Das Deutsche Arbeits- und Sozialrecht, Band 1: Das Arbeitsverhältnis, Schloß Bleckede a.d.Elbe 1948 (zit.: Arbeitsverhältnis).
Mavridis, Vassili	Der Schutzgedanke als Grundlage des Arbeitsrechts, ArbuR 1956, S.161 ff.
Mayer-Maly, Theo	Arbeitsrecht und Privatrechtsordnung, JZ 1961, S.205 ff.
	Das arbeitsrechtliche Lehrgebäude von A.Nikisch, RdA 1962, S. 49 ff.
Molitor, Erich	Die Bestellung zum Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft, in Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Victor Ehrenberg, Leipzig 1927.
	Arbeitnehmer und Betrieb, Marburg 1929.
	Das Beschäftigungsverhältnis im Arbeitsrecht, NZfA 1931, Sp. 109 ff.

Molitor, Erich	Anfechtung statt Kündigung des Arbeitsverhältnisses, DAR 1940, S.160 ff.
	Das Deutsche Arbeitsrecht und die Privatrechtswissenschaft, RdA 1948, S.44 ff.
	Kündigung des Arbeitsvertrages oder des Arbeitsverhältnisses, RdA 1955, S.41 ff
	Die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers, in: Arbeitsrecht-Blattei (Loseblattausgabe) Stuttgart 1959.
	Grund und Grenzen des Weisungsrechts, RdA 1959, S. 2 ff.
Molitor-Hueck-Riezler	Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, Mannheim-Berlin-Leipzig 1925.
Monjau, Herbert	Die Auswirkung von Kündigungen auf betriebliche Ruhegelder, DB 1970, S.1784 ff.
Müller, Hans	Der Beginn der Pflichtmitgliedschaft in der Krankenversicherung, ArbVers. 1936, S.241 ff.
Müller, Gerhard	Zur Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, BB 1955, S.577 ff.
Müllereisert	Das Arbeitsverhältnis als Vertrag und Gemeinschaft des Personenrechts, DAR 1938, S.280 ff.
Neumann, Franz	Das Arbeitsrecht in der modernen Gesellschaft, RdA 1951, S.1 ff.
Neumann-Duesberg, Horst	Das Haftungsbeschränkungsprinzip bei schadensgeneigter Tätigkeit außerhalb des Arbeitsverhältnisses, JZ 1964, S.433 ff.
	Abhängiges Beschäftigungsverhältnis zwischen Ehegatten, DOK 1966, S. 591 ff.

Nikisch, Arthur

Die Grundformen des Arbeitsvertrages und der Anstellungsvertrag, Berlin 1926 (zit.: Grundformen).

Der Anstellungsvertrag, IheringsJ Band 80, S.128 ff, Jena 1930.

Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, Kommentar, Leipzig 1934

Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit und das neue Arbeitsrecht, JW 1935, S.1288 ff.

Vom Arbeitsverhältnis, in: Festschrift für Heinrich Lehmann zum 60.Geburtstag, Berlin 1937.

Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis, Berlin, Leipzig und Wien 1941 (zit.: Arbeitsvertrag).

2.Auflage: Das Arbeitsverhältnis im Betrieb, Berlin, Leipzig und Wien 1944 (zit.: Arbeitsverhältnis).

Individualismus und Kollektivismus im heutigen Arbeitsrecht, RdA 1953, S.81 ff.

Lehrbuch des Arbeitsrechts, I.Band, 2. Auflage, Tübingen 1955; 3. Auflage, Tübingen 1961.

Die Eingliederung in ihrer Bedeutung für das Arbeitsrecht, RdA 1960, S.1 ff

Das Arbeitsgesetzbuch und die Lehre vom Arbeitsverhältnis, in: Festschrift für Erich Molitor, München und Berlin 1962, S. 83 ff.

Nipperdey, Hans Carl

Das System des neuen Arbeitsrechts, ZAkDR 1935, S.911 ff.

Arbeitsvertrag und Eingliederung in die Betriebsgemeinschaft, DAR 1937, S.142 ff.

Besprechung von Brackmann, Handbuch des Sozialversicherungsrechts, 1.-6. Auflage, in RdA 1966, S.34

Oeftering-Görbing	Das gesamte Lohnsteuerrecht, Band I, 4.Auflage, München 1971.
Oertmann, Paul	Kommentar zum Allgemeinen Teil des BGB, 3.Auflage, Berlin 1927.
Paulick, Heinz	Von der wirtschaftlichen zur rechtlichen Betrachtungsweise in der höchstrichterlichen Steuerrechtsprechung, DB 1968, S.1867 ff.
Peters, Horst	Handbuch der Krankenversicherung, Teil II, 15.Auflage, Stuttgart und Köln 1954; 17.Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1970 (zit.: Hdb. der KV).
Petersen, Th.	Das Krankenversicherungsgesetz, 4.Auflage, Hamburg 1902.
Piloty, Robert	Die Arbeiterversicherungsgesetze, Band I, Das Krankenversicherungsgesetz, München 1893.
Piloty-Redenbacher	Arbeiterversicherungsgesetze, Band III, Das Krankenversicherungsgesetz, 2.Auflage, München 1904.
Planck, Gottlieb	Kommentar zum BGB, I.Band, 1.Hälfte, 4.Auflage, Berlin 1913.
Potthoff, Heinz	Ist das Arbeitsverhältnis ein Schuldverhältnis ?, ArbR 1922, Sp.267 ff.
	Das Arbeitsverhältnis, ArbR 1922, Sp. 369 ff.
	Vertragspflicht und Verbandspflicht, JW 1925, S.1842 ff.
	Arbeitsrecht - Das Ringen um werdendes Recht, Leipzig 1931.
	Die Entthronung des Arbeitsvertrages, NZfA 1931, Sp.283 ff.
	Das Deutsche Arbeitsrecht, Handbuch für Vertrauensräte, Betriebsführer und Gefolgschaft, Berlin 1935.
Radke, Olaf	Das Bundesarbeitsgericht und die Differenzierungsklausel, ArbuR 1971, S.4 ff.

Ramm, Thilo	Die Anfechtung des Arbeitsvertrages, Karlsruhe 1955 (zit.: Anfechtung).
RGR-Kommentar	Kommentar zum BGB, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, II.Band, 1.Teil, Berlin 1959.
Rhode, Heinz	Und doch Arbeitsvertrag ?!, ZAkDR 1936, S.371 ff.
	Arbeitsverhältnis - Arbeitsvertrag, ZAkDR 1937, S.203 ff.
Ricardi, Reinhard	Fälle und Lösungen nach höchstrichterlichen Entscheidungen/Arbeitsrecht, Karlsruhe 1970.
Richter, Lutz	Sozialversicherungsrecht, Berlin 1931.
	Arbeitsvertrag und Arbeitsordnungsgesetz, SozPrax. 1934, Sp.249 ff.
Riechels, Ernst	Zur Dogmatik des sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses, ZfSozRef. 1962, S.1, 74, 144, 194, 269, 346, 409 ff.
Rindt, Manfred	Die Sozialversicherung bei Streik und Aussperrung, in: Die Sozialversicherung der Gegenwart, Band 4, 1964.
Röhsler, W.	Das mittelbare Arbeitsverhältnis, in: Arbeitsrecht-Blattei (Loseblattausgabe), Stuttgart 1964.
Rosin, Heinrich	Das Recht der Arbeiterversicherung, 1. Band, Berlin 1893.
	Über fingierte Beitragswochen nach § 17 Abs.2 InvAVG, ArbVers.1893, S.97 ff.
Schaub, Günter	Arbeitsrechtshandbuch, München 1972
Schelle,A.	Das Beschäftigungsverhältnis in der Krankenversicherung, DOK 1937, S.268 ff.
Schicker	Das Krankenversicherungsgesetz und das Hülfskassengesetz, 2.Auflage, Stuttgart 1893.

Schieckel, H.	Kommentar zum AVAVG, 3.Auflage, München, Stand 1968.
Schmahl, Willy	Die lohnsteuerrechtliche Behandlung des Entgelts bei Verwandtenbeschäftigung und ihre Bedeutung für die Sozialversicherung, WzS 1953, S.207 ff.
Schmidt-Rausch	Zur Bildung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe, DRiZ 1968, S.325 ff.
Schnorr, Gerhard	Arbeitsverhältnis und Sozialversicherungspflicht, SozVers. 1949, S.322 ff.
Schnorr v. Carolsfeld	Arbeitsrecht, 2.Auflage, Göttingen 1954.
Schoan	Das Arbeitsverhältnis als personenrechtliche Treuegemeinschaft, ZAkDR 1935, S. 708 ff.
Soergel-Siebert	Kommentar zum BGB, Band 3, 10.Auflage, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, Stand: Frühjahr 1969.
Schwerdtner, Peter	Gemeinschaft, Treue, Fürsorge oder: die Himmelfahrt des Wortes, ZRP 1970, S.62 ff.
Siebert, Wolfgang	Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit, Hamburg 1935 (zit.: Arbeitsverhältnis).
	Das Arbeitsverhältnis als personenrechtliches (sozialrechtliches) Rechtsverhältnis, DAR 1935, S.95 ff.
	Betriebsgemeinschaft und Arbeitsverhältnis, DR 1935, S.481 ff.
	Arbeitsverhältnis und Vertrag, ZAkDR 1936, S.93 ff.
	BGB-System und völkische Ordnung, DRW 1936, S.204 ff.
	Die Entwicklung der Lehre vom Arbeitsverhältnis im Jahre 1936, DAR 1937, S.14 ff, 44 ff.

Siebert, Wolfgang — Die Begründung des Arbeitsverhältnisses, DAR 1937, S.305 ff, 338 ff.

Grundfragen des Arbeitsverhältnisses im Lichte der neueren Rechtsprechung, JW 1937, S.1103 ff.

Arbeitsvertrag, in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, I.Band, Tübingen, Göttingen 1956.

Einige Grundgedanken des gegenwärtigen Arbeitsrechts, RdA 1956, S.13 ff.

Einige Entwicklungstendenzen im neueren Individualarbeitsrecht, RdA 1958, S.366 ff.

Faktische Vertragsverhältnisse, Karlsruhe 1959.

Siefert, Paul — Versicherungsverhältnis und Leistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung während eines Streiks, KrV 1963, S.122 ff.

Sieg, Karl — Betrachtungen zur Abgrenzung der selbständigen Tätigkeit von der abhängigen Beschäftigung, SGb 1968, S.511 ff.

Simitis, Spiros — Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts, Frankfurt a.M. 1957 (zit.: Faktische Vertragsverhältnisse).

Bemerkungen zur Nichtigkeit von Arbeitsverhältnissen, insbesondere zur nachträglichen Sitten- und Gesetzeswidrigkeit, JZ 1964, S.740 ff.

Sinzheimer, Hugo — Grundzüge des Arbeitsrechts, 2.Auflage, Jena 1927.

Söllner, Alfred — Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, ArbuR 1968, S.242 ff.

Arbeitsrecht, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1969;

4.Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1974.

Specke, Helmuth	Die Auswirkungen von Arbeitsunterbrechungen ohne Entgelt im Beitrags- und Leistungsrecht der Krankenversicherung. WzS 1966, S.257 ff.
Staudinger	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetze: I.Band, Allgemeiner Teil, 10.Auflage, München,Berlin und Leipzig 1936;
	II.Band, 2.Teil, 9.Auflage, München, Berlin und Leipzig 1928;
	II.Band, 3.Teil, 10.Auflage, Berlin und München 1939;
	II.Band, 3.Teil, 11.Auflage, Berlin 1958.
Teutsch, August	Das Beschäftigungsverhältnis als Grundlage des gesetzlichen Unfallversicherungsschutzes und des Haftungssonderrechts der Unternehmer, Tübingen 1953.
Tipke, Klaus	Die Situation des Steuerrechts als rechtswissenschaftliche Disziplin, NJW 1967, S.1885 ff.
Treitel, Richard	Streik und Krankenversicherung, DK 1930, Sp.504 ff.
Trinkhaus ,Hans	Anmerkung zum Urteil des BSG vom 28.10.1960, SGb 1961, S.251 ff.
Walter/Böhm	Arbeitsverhältnis und Beamtenverhältnis, in: Festschrift für Friedrich Sitzler, Stuttgart 1956.
Wannagat, Georg	Lehrbuch des Sozialversicherungsrechts, I.Band, Tübingen 1965 (zit.: Sozialversicherungsrecht).
Weck, Rudolf	Der Einfluß des gesetzlichen Entlassungsschutzes auf die Dauer der Krankenversicherungspflicht, DK 1928, S.176 ff.
Wiedemann, Herbert	Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, Karlsruhe 1966 (zit.: Arbeitsverhältnis)

Wisser — Beginn der Pflichtmitgliedschaft nach § 306 RVO vor der tatsächlichen Arbeitsaufnahme, ArbVers.1939, S.147 ff.

Wlotzke, Otfried — Leistungspflicht und Person des Arbeitnehmers in der Dogmatik des Arbeitsvertrages, RdA 1965, S.180 ff.

v.Woedtke, E. — Die Krankenversicherung der Arbeiter, Kommentar zum KVG, 4.Auflage, Berlin 1893.

Zöllner, Wolfgang — Die Einwirkung der erweiterten Mitbestimmung auf das Arbeitsrecht, RdA 1969, S.65 ff.

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
AcP	Archiv für civilistische Praxis
a.F.	alter Fassung
AN	Amtliche Nachrichten des Reichsversicherungsamts
AN (IuA)	desgleichen, Invaliditäts- und Altersversicherung
AnV	Zeitschrift "Die Angestelltenversicherung"
AO	Abgabenordnung
AOG	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20.Januar 1934
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts)
ArbG	Arbeitgeber
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
AR-Blattei	Arbeitsrecht-Blattei
ArbN	Arbeitnehmer
ArbR	Arbeitsrecht, Zeitschrift für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten (bis 1933), herausgegeben von Potthoff
ArbRPrax	Arbeitsrechtspraxis, Zeitschrift für Arbeitsrecht, Sozialversicherung und soziale Verwaltung, herausgegeben vom Allgemeinen Deutschen Gewerkschaftsbund (bis 1933)
ArbuR	Arbeit und Recht, Zeitschrift für Arbeitsrechtspraxis, herausgegeben vom Bundesvorstand des Deutschen Gewerkschaftsbundes (seit 1953)
Arbverh	Arbeitsverhältnis
ArbVGE	Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes
ARS	Arbeitsrechtssammlung, früher Bensheimer Sammlung (bis 1945)
ArbVers	Zeitschrift "Die Arbeiterversorgung"
AVAVG	Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung
AVG	Angestelltenversicherungsgesetz
AVGE	Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes

AVN	Zeitschrift "Die Angestelltenversicherung"
AZO	Arbeitszeitordnung
BArbBl.	Bundesarbeitsblatt
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungssammlung des Bundesarbeitsgerichts
BAM	Bundesarbeitsminister(ium)
BB	Zeitschrift "Der Betriebsberater"
Bd.	Band
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BFH Slg.	Entscheidungssammlung des Bundesfinanzhofes
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKK	Zeitschrift "Die Betriebskrankenkasse"
BlStSozArbR	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht
Breith.	Breithaupt, Sammlung von Entscheidungen auf dem Gebiet der Sozial- und Arbeitslosenversicherung, herausgegeben von Breithaupt
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts, herausgegeben von seinen Richtern
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungssammlung des Bundesverwaltungsgerichts
DAR	Zeitschrift "Deutsches Arbeitsrecht" (bis 1945)
DB	Zeitschrift "Der Betrieb"
DK	Zeitschrift "Deutsche Krankenkasse"
DOK	Zeitschrift "Die Ortskrankenkasse"
DÖV	Zeitschrift "Die öffentliche Verwaltung"
DR	Zeitschrift "Deutsches Recht" (bis 1945)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRW	Zeitschrift "Deutsche Rechtswissenschaft" (bis 1945)

DStR	Deutsche Steuerrundschau
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EFG	Entscheidungen der Finanzgerichte
EStG	Einkommensteuergesetz
EuM	Entscheidungen und Mitteilungen des Reichsversicherungsamts
FG	Finanzgericht
GE	Grundsätzliche Entscheidung
GewO	Gewerbeordnung
GewStG	Gewerbesteuergesetz
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
Gr.Sen.	Großer Senat
HdSws.	Handwörterbuch der Sozialwissenschaften
HFR	Höchstrichterliche Finanzrechtsprechung
hM	herrschende Meinung
IheringsJ	Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
IuAVZ	Zeitschrift für die Invaliditäts- und Altersversicherung
Jg.	Jahrgang
JuS	Zeitschrift "Juristische Schulung"
JW	Zeitschrift "Juristische Wochenschrift"
KG	Kammergericht
KrV	Zeitschrift "Die Krankenversicherung"
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KV	Krankenversicherung
KVG	Krankenversicherungsgesetz
KVLG	Gesetz über die Krankenversicherung der Landwirte vom 10.August 1972
KVRS	Krankenversicherung, Rechtsprechung und Schrifttum
LAG	Landesarbeitsgericht
LSG	Landessozialgericht
LStDV	Lohnsteuerdurchführungsverordnung
LVA	Landesversicherungsamt
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MuSchG	Mutterschutzgesetz
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift

NZfA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
OKK(DOK)	Zeitschrift "Die Ortskrankenkasse"
OLG	Oberlandesgericht
OVA	Oberversicherungsamt
OVG	Oberverwaltungsgericht
PrALR	Preußisches Allgemeines Landrecht
PrOVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht
RAG	Reichsarbeitsgericht
RAM	Reichsarbeitsminister(ium)
RArBl.	Reichsarbeitsblatt
RdA	Zeitschrift "Recht der Arbeit"
Reger	Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden auf dem Gebiete des Verwaltungs- und Polizeistrafrechts, herausgegeben von Reger
RfA	Reichsversicherungsanstalt für Angestellte
RFH	Reichsfinanzhof
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RKG	Reichsknappschaftsgesetz
RMdF	Reichsminister der Finanzen
RV	Rentenversicherung
RVA	Reichsversicherungsamt
RVAndG.	Reichsversicherungsänderungsgesetz
RVO	Reichsversicherungsordnung
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SchwBG	Schwerbeschädigtengesetz
SG	Sozialgericht
SGb	Zeitschrift "Die Sozialgerichtsbarkeit"
Slg.	Sammlung
SozEntsch.	Sozialrechtliche Entscheidungssammlung
SozPrax.	Soziale Praxis
SozR	Sozialrecht. Rechtsprechung und Schrifttum, bearbeitet von Richtern des Bundessozialgerichts
SozSich	Zeitschrift "Soziale Sicherheit"
SozV	Sozialversicherung
SozVR	Sozialversicherungsrecht
SozVers.	Zeitschrift "Die Sozialversicherung"

StAnpG	Steueranpassungsgesetz
StRK	Steuerrechtskartei
TVG	Tarifvertragsgesetz
UStG	Umsatzsteuergesetz
UV	Unfallversicherung
VA	Versicherungsamt
VersR	Versicherungsrecht, Juristische Rundschau für die Individualversicherung
VGH	Verwaltungsgerichtshof
WarnR	Warneyers Rechtsprechung
WRV	Weimarer Verfassung
WzS	Zeitschrift "Wege zur Sozialversicherung"
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht (bis 1945)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZRR	Zentralblatt für Reichsversicherung und Reichsversorgung
ZSR	Zeitschrift für Sozialreform

Einleitung

In Lehre und Rechtsprechung haben sich unterschiedliche Ansichten über das Ausmaß der Übereinstimmung zwischen den Grundtatbeständen des Arbeits-, Beschäftigungs- und Dienstverhältnisses im Arbeits-, Sozialversicherungs- und Lohnsteuerrecht herausgebildet. Die derzeit vertretene Meinungsskala umfaßt sehr unterschiedliche Ansichten.

Von Teilen der Lehre und der Rechtsprechung wird die Ansicht vertreten, daß die Grundtatbestände im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht unterschiedlicher Rechtsnatur sind, da das Beschäftigungsverhältnis der Sozialversicherung seiner Rechtsnatur nach nur dem zwingenden öffentlichen Recht angehören soll, während das Arbeitsverhältnis dem Privatrecht zugeordnet wird.[1)]

Vom Arbeitsverhältnis soll sich das Dienstverhältnis des Lohnsteuerrechts wiederum dadurch unterscheiden, daß im bürgerlichen Recht mehr auf die Form, im Steuerrecht hingegen mehr auf den wirtschaftlichen Inhalt eines Vertrages abgestellt wird.[2)]

Ein Verhältnis der Antithese zum Zivilrecht wird demnach insbesondere aus der wirtschaftlichen Betrachtungsweise hergeleitet, die in § 1 Abs.2 und 3 StAnpG als Eigentümlichkeit des Steuerrechts niedergelegt ist. Nach diesen Vorschriften ist bei der Auslegung von Steuergesetzen und der Beurteilung von Tatbeständen die wirtschaftliche Bedeutung der Gesetze zu berücksichtigen. Diese Verschiedenheit in der Betrachtungsweise soll eine beträchtliche Eigenständigkeit des Steuerrechts und damit des Dienstverhältnisses zur Folge haben.

Danach sind die einzelnen Grundtatbestände begrifflich und inhaltlich eindeutig voneinander abgegrenzt.

1) Wannagat, Sozialversicherungsrecht, S.311; BSGE 1, 115,117; 2, 171,175

2) BFH BStBl.1961 Teil III, S.127

In scharfem Gegensatz hierzu vertreten andere Autoren die Ansicht,daß die Grundtatbestände begrifflich und grundsätzlich übereinstimmen.[1)]

Neben diesen beiden entgegengesetzten Standpunkten haben sich vermittelnde Ansichten herausgebildet.

Einigkeit besteht aber darin,daß die verschiedenen Rechtsverhältnisse des Arbeits-,Sozialversicherungs- und Lohnsteuerrechts im täglichen Leben in der Regel übereinstimmen und daß sich die drei Rechtsmaterien insoweit einander angenähert haben, als im Arbeitsrecht unter dem Einfluß der Eingliederungstheorie das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses trotz Ungültigkeit des Arbeitsvertrages für die Zeit nach Antritt der Arbeit anerkannt wird.[2)]

Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist die Untersuchung,inwieweit eine Identität der Grundtatbestände gegeben ist.Als Grundtatbestand wird hier der die Rechtsbeziehungen zwischen einem Dienstgeber(Arbeitgeber) und Dienstleistenden (Arbeitnehmer) wesentlich bestimmende Sachverhalt verstanden.

Die Erörterung dieser Frage ist insofern von Bedeutung,als die gegenseitige Verflechtung, die juristische Annäherung und das Ineinandergreifen der drei Rechtsbereiche des Arbeits-,Sozialversicherungs- und Lohnsteuerrechts wesentlich auch durch das Ausmaß ihrer Übereinstimmung in den Grundtatbeständen bestimmt wird. Darüber hinaus kommt einer möglicherweise vorhandenen Identität der Grundtatbestände auch bei der Lösung praktischer Rechtsfragen ausschlaggebende Relevanz zu.So wurde die unterschiedliche Behandlung des Arbeitskampfes im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht im Hinblick auf das Fortbestehen des Arbeits- und Be-

1) Bogs, DVBl. 1964,S.1,6; ders., DOK 1968, S.314, 320, 321; 1970, S.517, 577, 578, 579; Hanow-Lehmann-Bogs, Kommentar zum 4.Buch der RVO, Rdn.6 zu § 1227 RVO, S.9; Festgabe für Hans Möller, S.81 ff, 90, 95; Fenn, Die Mitarbeit Familienangehöriger, S.91, 92, 93, 94;Hastler, Anm. zum Urteil des LSG Hamburg vom 2.1.1955, SGb.1956, S.165, 169; Knoll . JZ 1960, S.719, 721 ff; Brox-Ruthers, Arbeitskampfrecht, S.45,46.

2) vgl. zur Anerkennung des faktischen Arbeitsverhältnisses im Arbeitsrecht Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht,7.A.,Bd.I,S.183 ff; Nikisch,Arbeitsrecht,3.A.,Bd.I,S.214 ff;Söllner,Arbeitsrecht, 4.A.,S.49,208;Gamillscheg ,Arbeitsrecht,3.A.Nr.66,Nr.70;vgl. zur angeführten Übereinstimmung der Ausgangstatbestände im täglichen Leben Söllner,a.a.O.,S.49;Wannagat, a.a.O.,S.204, 312;Fenn,a.a.O.,S.90;Albrecht,Die Versicherungspflicht in der Krankenversicherung,S.28;Dersch,RdA 1950,S.321,322;Rindt,

schäftigungsverhältnisses im wesentlichen damit begründet,daß das Arbeitsverhältnis ein zweiseitiges privatrechtliches Rechtsverhältnis|zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer darstelle, während die versicherungsrechtliche Beschäftigung auf einem dreiseitigen öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber, Arbeitnehmer und der Sozialversicherung beruhe.[1] Eine Identität der Grundtatbestände würde ganz allgemein eine weitgehende Rechtsvereinheitlichung zur Folge haben, indem Unterbrechungen der tatsächlichen Arbeit sowie der Beginn des Arbeits- und Beschäftigungsverhältnisses im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht nach einheitlichen ,den praktischen und sozialen Bedürfnissen gerecht werdenden Maßstäben beurteilt werden könnten. Eine unterschiedliche Behandlung des mittelbaren Arbeits- und Beschäftigungsverhältnisses im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht entbehrte jeder Grundlage.[2] Nicht zuletzt handelt es sich hier um die zentrale Frage,ob der Begriff des Arbeitnehmers im Arbeits-, Sozialversicherungsrungs- und Lohnsteuerrecht der gleiche ist.Schließlich würde die Gewißheit des Rechtsuchenden, gerecht behandelt zu werden, gestärkt, wenn einheitliche Lebenstatbestände sowohl im Arbeitsrecht als auch im Sozialversicherungs- und Lohnsteuerrecht nach denselben Maßstäben eine gleiche Behandlung erfahren.

Die Sozialversicherung bei Streik und Aussperrung, in: Die Sozialversicherung der Gegenwart, Bd.4, S.34, 39, 40.

1) BSGE 1, 115,117; 2, 171,175

2) vgl. die Vorschläge von Dersch zu einer einheitlichen dogmatischen Begriffsbestimmung des Beschäftigungsverhältnisses im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht in RdA 1950, S.321, 323, 324; ders. bei Bogs, Gegenwartsfragen sozialer Versicherung , S.33 ff, 39, 40, 41

Erster Teil: Das Arbeitsverhältnis

Zur Klärung des Verhältnisses zwischen den Grundtatbeständen im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht - dem Arbeitsverhältnis und dem die Versicherungspflicht begründenden entgeltlichen Beschäftigungsverhältnis - ist es erforderlich, die Begriffs- und Wesensmerkmale beider Tatbestände im Hinblick auf Übereinstimmungen einer vergleichenden Betrachtung zu unterziehen sowie die Voraussetzungen zu ermitteln, die für das Entstehen des Arbeits- und Beschäftigungsverhältnisses maßgebend sind. In arbeitsrechtlicher Hinsicht ist zu entscheiden, ob das Arbeitsverhältnis nur durch einen Arbeitsvertrag oder auch durch die tatsächliche Aufnahme der Arbeit bzw. durch die Eingliederung in den Arbeitsorganismus begründet werden kann. Nur wenn letzteres der Fall ist, kann eine Identität der beiden Grundtatbestände gegeben sein. Denn das dem sozialen Schutz der Arbeitnehmer verpflichtete Sozialversicherungsrecht gesteht dem nur faktischen Arbeitsverhältnis die gleiche rechtliche Relevanz wie dem vertraglichen Arbeitsverhältnis zu.

1. Kapitel: Begriff und Wesen des Arbeitsverhältnisses unter Zugrundelegung der Vertragstheorie

1. Die allgemeinen Begriffsmerkmale des Arbeitsverhältnisses

Grundlage und methodischer Ausgangspunkt der Lösungsversuche der Vertragstheorie[1] ist die gesetzliche Regelung des Dienstvertragsrechts, allerdings mit der wesentlichen und prinzipiell allgemein anerkannten Einschränkung, daß Arbeitnehmer i.S.d. Arbeitsrechts nur derjenige ist, der Arbeit im Dienste eines anderen leistet.[2]

1) Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, 7.A., S.114 ff; Hueck, RdA 1955, S.323 ff; Botticher, RdA 1955, S.321 ff; Crone, RdA 1952, S.372 ff; Fitting-Kraegeloh-Auffahrth, §4 Rdn.4; Dietz, § 4 Rdn. 22; Staudinger-Nipperdey, 11.A., Vorbem.39 zu § 611 BGB; Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, S.24, 25; ders., Arbeitsrecht-Blattei, D-Blatt "Arbeitnehmer" B III

2) Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, 7.A., S.41

Damit wird der Tatsache Rechnung getragen, daß die wirtschaftliche und soziale Stellung der unselbständigen Arbeitnehmer sich von der der Selbständigen in einem Maße unterscheidet, das eine verschiedenartige rechtliche Behandlung verlangt.
Die Leistung von Arbeit im Dienste eines anderen tritt in der persönlichen Abhängigkeit bzw. in der Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers hinsichtlich der Arbeitsleistung zutage, die einen nicht ganz unerheblichen Umfang annehmen muß.[1)]
In Übereinstimmung zu ihrer Gesetzestreue definiert die Vertragstheorie den Arbeitsvertrag als den Vertrag, durch den sich der Arbeitnehmer zur Leistung von Arbeit im Dienste eines anderen verpflichtet.[2)] Danach läßt sich das Arbeitsverhältnis als das Rechtsverhältnis zwischen dem einzelnen Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber definieren, auf Grund dessen der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber zur Leistung von Arbeit verpflichtet ist.[3)]
Entsprechend der gesetzlichen Regelung des BGB, das den Dienstvertrag zu den schuldrechtlichen Verträgen zählt, ordnet die Vertragstheorie den Arbeitsvertrag gesetzessystematisch ebenfalls den schuldrechtlichen Verträgen und, da ein Austauschverhältnis gegeben ist, den gegenseitigen Verträgen zu.[4)]

2. Das Arbeitsverhältnis als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis

Hält die Vertragstheorie in enger Anlehnung an die gesetzliche Regelung auch daran fest, daß der Arbeitsvertrag ein schuldrechtlicher Vertrag i.S.d. BGB ist, so unterscheidet dieser sich doch wesentlich von dem rein schuldrechtlich verstandenen Arbeitsvertrag der liberalen Epoche des vorigen Jahrhunderts, der sich im wesentlichen entsprechend der individualrechtlichen

1) Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, 7.A., S.41
2) Hueck-Nipperdey, aaO, S.115; dies., Grundriß, S.43
3) Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, 7.A., S.114; dies., Grundriß S.45
4) Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, 7.A., S.132; dies., Grundriß, S.47

Anschauungsweise der damaligen Zeit im Austausch von Lohn und Arbeit erschöpfte.[1)]

Im Gegensatz hierzu sehen die Vertrags- wie auch die Eingliederungstheorie mit wenigen Ausnahmen das Arbeitsverhältnis nicht als ein lediglich den Vorschriften des Schuldrechts unterfallendes Rechtsverhältnis, sondern als ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis an - eine Auffassung, die auf die personenrechtliche Betrachtungsweise des Arbeitsverhältnisses durch Otto v. Gierke zurückzuführen ist.

Gierke glaubte in dem Treudienstvertrag des alten deutschen Rechts den Ursprung des deutschrechtlichen Dienstvertrages gefunden zu haben. Germanisches Gedankengut sollte seine Geltung bis in die Gegenwart hinein bewahrt haben und im Arbeitsvertragsrecht der Gegenwart fortleben.[2)]

Dabei sollen die personenrechtlichen Elemente des Treudienstvertrages den Arbeitsvertrag des BGB in spezifischer Eigenart geprägt haben.[3)]

Dieser wird seiner Rechtsnatur nach als ein personenrechtliches Dienstverhältnis angesehen, wobei die Vertragsparteien einander im Verhältnis der Über- und Unterordnung, als Herr und Diener gegenüberstehen und sich in gegenseitiger Treuepflicht Vergütung, Fürsorge, Schutz und Pflege sowie auf Seiten des Arbeitnehmers Gehorsam, Diensttreue und Ehrerbietung schulden.[4)]

Objekt des Arbeitsverhältnisses als eines personenrechtlichen Rechtsverhältnisses ist nach Auffassung von Gierke die Person des Arbeitnehmers, an der dem Arbeitgeber, soweit ihre Persönlichkeitssphäre beherrscht wird, ein unmittelbares Recht zusteht.[5)]

1) vgl. Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, 7.A., S.128; Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches, I.Bd., S.32, 33, 69, 118

2) Otto v.Gierke, Festschrift für Brunner, S.37 ff, 54, 55; Dtsch. Privatrecht III, S.593 ff, 594, 598, 599

3) Dtsch.Privatrecht III, S.599

4) Festschrift für Brunner, S.55 ff; Dtsch.Privatrecht III, S.609, 610, 611, 612 ff, 620 ff

5) Dtsch.Privatrecht I, S.261. Die Person kann jedoch nach Ansicht von v.Gierke immer nur in bezug auf einen bestimmten abgegrenzten Bestandteil ihrer Persönlichkeitssphäre beherrscht werden.

Im Anschluß an Otto v.Gierke sprach man von einem personenrechtlichen Einschlag des Arbeitsverhältnisses.[1] Eine Übereinstimmung der personenrechtlichen Elemente mit dem Wesen des Arbeitsvertrages stieß hingegen zunächst auf Bedenken, weil man der Ansicht war, dadurch werde dem Arbeitgeber ein unmittelbares Verfügungsrecht über die Arbeitskraft und Person des Arbeitnehmers eingeräumt, was an die Zustände patriarchalischer Zeiten und das Sklavenrecht erinnere. Mit der modernen Auffassung des Arbeitsvertrages stehe ein solches die Person des Arbeitnehmers selbst ergreifendes Recht in vollem Widerspruch.[2]

Gierkes Bestrebungen gehen über einen reinen Historismus und eine bloße Neubelebung deutschrechtlicher Vorstellungen weit hinaus.[3] Sie spiegeln zugleich das Grundbestreben wieder, den untragbaren Zustand der lediglich formalen Gleichheit des Arbeitnehmers mit dem Arbeitgeber zu beseitigen, "einen Ausweg aus der durch die Unhaltbarkeit des Gedankens der Vertragsfreiheit hervorgerufenen Krise rechtswissenschaftlichen Denkens zu finden".[4]

Nach heutiger herrschender Auffassung kommt der personenrechtliche Charakter des Arbeitsverhältnisses in dem Bestehen einer personenrechtlichen Gemeinschaft zwischen Arbeitgeber und

1) Nikisch, Grundformen, S.154; Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht, 3.-5.A., S.102

2) Nikisch, IheringJ Bd.80, S.128; Hueck-Nipperdey, aaO, S.102: Der "personenrechtliche Einschlag ist nicht das Wesentliche des heutigen Arbeitsvertrages. Im Vordergrund steht vielmehr die Verpflichtung zur Arbeitsleistung. Gewiß hat der Schuldner diese Verpflichtung durch seine Person zu erfüllen und muß sich dabei den Weisungen des Arbeitgebers fügen. Aber es bleibt deshalb doch eine lediglich schuldrechtliche Verpflichtung, und es kann keine Rede davon sein, daß der Arbeitgeber ein unmittelbares Verfügungsrecht an der Arbeitskraft des Arbeitnehmers erhielte, daß dieser sich selbst leiste. Etwas derartiges gab es im Sklavenrecht und in abgeschwächter Form im patriarchalischen Arbeitsverhältnis; mit der modernen Auffassung des Arbeitsvertrages aber steht ein solches die Person des Arbeitnehmers selbst ergreifendes Rec-ht in vollem Widerspruch."

3) Simitis, Faktische Vertragsverhältnisse, S.276

4) Simitis, aaO, S.275

Arbeitnehmer zum Ausdruck.[1)]

Hueck bezeichnet das Arbeitsverhältnis als Gemeinschaftsverhältnis, weil es Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf Grund der gegenseitigen persönlichen Beziehungen zu beiderseitiger Treue, d.h. zum Einsatz für die Interessen des Arbeitgebers und auf Seiten des Arbeitgebers zur Fürsorge für den Arbeitnehmer verpflichtet. Das Arbeitsverhältnis erschöpft sich somit nicht in einzelnen vermögensrechtlichen Leistungen beider Teile, sondern begründet darüber hinaus eine persönliche Verbundenheit der Beteiligten. Das Arbeitsverhältnis ist dementsprechend ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis, der Arbeitsvertrag ein gemeinschaftsbegründender Vertrag, der seine Parallele im Gesellschaftsvertrag findet.[2)]

In gleicher Weise sieht Nikisch den Gemeinschaftscharakter des Arbeitsverhältnisses darin begründet, daß sich die am Arbeitsverhältnis Beteiligten nicht damit begnügen dürfen, ihre Verpflichtungen nach Treu und Glauben zu erfüllen. Die Treuepflicht wird vielmehr als eine personenrechtliche, die gesamten

1) Böttticher, RdA 1955, S.321; Denecke, RGR-Kommentar zum BGB, Vorbem.I vor § 611 BGB; Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, 7.A., S.129; dies., Grundriß, S.47; Hueck, RdA 1955, S.325; Nikisch, Arbeitsrecht I, 3.A., S.52, 489, 501; Dersch, RdA 1958, S.441; Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, S.4, 18, 19, 118; Fechner, RdA 1955, S.161; Walker/Bühn, Festschrift für Sitzler, S.185; z.T. abweichend Mayer-Maly, RdA 1962, S.49, 50; einschränkend Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis, S.35 - 36.

A.A. Dersch, RdA 1949, S.326, Fußn.1; Ballerstedt, JZ 1953, S.390, Farthmann, RdA 1958, S.339; ders., RdA 1960, S.5 ff; Mavridis, ArbuR 1956, S.163; Neumann, RdA 1951, S.2, 3; Neumann-Duesberg, JZ 1964, S.433, 436, 437; Simitis, Fakt. Vertragsverhältnisse, S.387, 388; Soergel-Wlotzke-Volze, Rdn.12 vor § 611 BGB; Wlotzke, RdA 1965, S.185, 189; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, Vorbem. vor § 611 BGB, Rdn.10, 34, 300; Ermann-Küchenhoff, Vorbem. vor § 611 BGB, S.1126; Haus, Hdb., Teil I, S.26; Ramm Anfechtung, S.20-22; Schnorr v.Carolsfeld, Arbeitsrecht, S.161; Radke, ArbuR 1971, S.7; Müller, ArbuR 1968, S.243; Fenn, ArbuR 1971, S.323; dieser Ansicht neigt auch Doms, DOK 1970, S.577 zu, der die Argumentation von Farthmann als beachtlich bezeichnet.

2) Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, 7.A., S.129; dies., Grundriß, S.47

Beziehungen der Parteien gestaltende Grundpflicht angesehen.[1] Im Gegensatz zu Hueck ist Nikisch aber der Ansicht, daß der Arbeitsvertrag als solcher noch keine Gemeinschaft zu begründen vermag.[2]

Anders als Hueck und Nikisch will Siebert nicht auf die persönliche und gefühlsmäßige Verbindung zwischen den Parteien sowie auf ein zwischen ihnen bestehendes Gemeinschaftsverhältnis abstellen, um den personenrechtlichen Charakter des Arbeitsverhältnisses nachzuweisen. Der personenrechtliche Charakter des Arbeitsverhältnisses komme vielmehr darin zum Ausdruck, daß "der Arbeitnehmer nicht ein einzelnes Vermögensobjekt zum Inhalt des Vertragsverhältnisses macht, nicht einen Vertrag über seine Arbeitsleistung abschließt, sondern in den Dienst des Arbeitgebers tritt, also mit einem wesentlichen Teil seiner Persönlichkeit in das Rechtsverhältnis eintritt."[3]

Inhalt des Arbeitsvertrages ist es somit, daß der Arbeitnehmer mit einem Teil seiner Persönlichkeit in das Arbeitsverhältnis eintritt. Da eine Person aber nicht als Gegenstand i.S. eines Rechtsobjektes angesehen werden kann, besteht die besondere Eigenart der personenrechtlichen Rechtsverhältnisse darin, daß derartige Verträge kein Objekt zum Vertragsgegenstand haben.[4] [5]

Die Übergänge zwischen beiden Ansichten sind fließend. Auch Hueck und Nikisch anerkennen, daß die Persönlichkeit des Arbeitnehmers durch das Arbeitsverhältnis in besonderem Maße erfaßt wird.[6]

1) Nikisch, Arbeitsrecht I, 3.A., S.162, 169, 445 ff, 470 ff

2) Nikisch, aaO, S.162; wie Hueck Larenz, Schuldrecht, 2.Bd., S.201, Fußn.1

3) Siebert, RdA 1958, S.367; HdSw, Bd.I, S.377, 378; Fakt. Vertragsverhältnisse, S.83ff

4) Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse , S.83; HdSws, S.378

5) ähnlich wie Siebert: Neumann, RdA 1951, S.3; Schnorr v. Carolsfeld, Arbeitsrecht, S.162; Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, S.19, allerdings unter Hinwendung zum Gemeinschaftsbegriff; Farthmann, RdA 1960, S.7 ff

6) Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, 7.A., S.131; Nikisch, Arbeitsrecht I, 3.A., S.32

3. Das Arbeitsverhältnis als Status-Verhältnis

Wegen seines personen- bzw. gemeinschaftsrechtlichen Charakters wird das Arbeitsverhältnis vielfach auch als Statusverhältnis angesehen.[1] Nikisch zufolge kann das Arbeitsverhältnis deshalb als Statusverhältnis bezeichnet werden, weil es die personenrechtliche Stellung des Menschen bestimmt und aus ihm die verschiedenen Rechte und Pflichten erst hervorgehen.[2] Siebert spricht davon, daß man den Eintritt in ein Arbeitsverhältnis mit seinen im wesentlichen vorgegebenen Rechtsfolgen als ein personenrechtliches Rechtsgeschäft ansehen kann, weil es den Status dessen, der sich dadurch verpflichtet, verändert.[3] Die Annahme eines Statusverhältnisses beruht somit im wesentlichen auf der Auffassung, daß die Rechtsfolgen des Arbeitsvertrages durch kollektivrechtliche Normen bereits derart fest umschrieben sind, daß den Parteien nur die Wahl gegeben ist, diese Folgen zu akzeptieren oder aber vom Vertragsabschluß Abstand zu nehmen.[4] Kommt es zum Vertragsschluß, so tritt der Arbeitnehmer dementsprechend in eine seine Person als Ganzes unmittelbar erfassende Rechtsstellung ein.[5] [6] Siebert gesteht aber zu, daß Inhalt und Brauchbarkeit des Statusbegriffes für das Arbeitsverhältnis einer eingehenden Untersuchung noch nicht unterzogen worden sind, so daß letztlich

1) Kreller, AcP 1924, S.18; Siebert, Arbeitsverhältnis, S.39; ders., RdA 1956, S.17; RdA 1958, S.367; Fakt. Vertragsverhältnisse, S.83; Nikisch, RdA 1953, S.82; ders., Arbeitsrecht I, 3.A., S.32, 166; Arbeitsvertrag, S.96

2) Nikisch, Arbeitsrecht I, 3.A., S.32

3) Siebert, Arbeitsverhältnis, S.39

4) vgl. insbes. Kreller, AcP 1924, S.18

5) Siebert, Fakt. Vertragsverhältnisse, S.83

6) Bedenken gegen den Statusbegriff werden insbesondere von Mayer-Maly, RdA 1962, S.50 und von Wiedemann, Arbeitsverhhältnis, S.39 vorgetragen.

offenbleibe, ob und inwieweit der Statusbegriff zu befriedigenden Lösungen führe.[1)]
Dem gemeinschaftsrechtlichen Charakter des Arbeitsverhältnisses messen die Vertrags- wie die Eingliederungstheorie entscheidende Bedeutung zu, soll doch das Gemeinschaftsverhältnis Grundlage zahlreicher, im einzelnen zunächst nach Inhalt und Umfang noch nicht festgelegter Pflichten sein.[2)]
Trotz der starken Betonung des personen- und gemeinschaftsrechtlichen Elementes hält die Vertragstheorie - wie bereits aufgezeigt - daran fest, daß der Arbeitsvertrag ein schuldrechtlicher Vertrag ist. Denn nach heutiger Auffassung stehen die personen- und gemeinschaftsrechtlichen Elemente des Arbeitsverhältnisses nicht in einem generellen Gegensatz zu den schuldrechtlichen Verträgen, sondern nur zu den Verträgen, die ein sachen- und vermögensrechtliches Objekt zum Gegenstand haben, was darin zum Ausdruck kommt, daß der gemeinschaftsbegründende Vertrag seine Parallele nicht im Kauf-, sondern im Gesellschaftsrecht finden soll.[3)]

4. Das faktische Arbeitsverhältnis

In Anknüpfung an die gesetzliche Regelung hält die Vertragstheorie für die Begründung des Arbeitsverhältnisses den Abschluß eines Arbeitsvertrages für erforderlich.[4)] Der Abschluß eines Arbeitsvertrages ist der alleinige und ausreichende Entstehungstatbestand für die Begründung des Arbeitsverhältnisses; der tatsächlichen Einordnung in den Betrieb des Arbeitgebers bedarf es daneben nicht.

1) Siebert, RdA 1958, S.366, 367
2) Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, 7.A., S.132; Nikisch, Arbeitsrecht I, 3.A., S.445 ff, 470 ff
3) Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, 7.A., S.129; Für die Trennung des Arbeitsrechtes vom Schuldrecht sind hingegen Otto v.Gierke, Potthoff, Arbeitsrecht 1922, Sp.276 sowie Rspr. und Lehre unter dem AOG eingetreten.
4) Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, 7.A., S.183

Da somit ein Arbeitsvertrag für die Vertragstheorie wesensmäßige und unabdingbare Voraussetzung eines Arbeitsverhhältnisses ist, ist es ihr nicht gelungen, das faktische Arbeitsverhältnis, das in der Sozialversicherung und im Arbeitnehmerschutzrecht von erheblicher Bedeutung ist, zum integrierenden Bestandteil ihres Systems zu machen. Dem faktischen Arbeitsverhältnis wird im Bereiche des Individualarbeitsrechtes jegliche Bedeutung abgesprochen mit der Begründung, es sei "eine durch nichts bewiesene Behauptung, daß im Interesse der Einheitlichkeit alle arbeitsrechtlichen Folgen den gleichen Tatbestand zur Voraussetzung haben müßten". Die Bedeutung des faktischen Arbeitsverhältnisses für das Arbeitnehmerschutzrecht und die Sozialversicherung soll daraus resultieren, daß diese Rechtsgebiete dem öffentlichen Recht angehören.[1)]
Es wäre daher nur konsequent, wenn die Vertragstheorie der tatsächlich geleisteten Arbeit für die Begründung des Arbeitsverhältnisses in gleicher Weise jegliche Bedeutung absprechen würde, wie dies noch Lotmar[2)] getan hat.
In ihrer ursprünglichen Ausprägung wandte die Vertragstheorie in Übereinstimmung mit ihrer Grundauffassung, daß das tatsächliche Beschäftigungsverhältnis lediglich ein pathologischer Ausnahmefall ist, die gesetzlichen Vorschriften über die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Willenserklärungen uneingeschränkt auf das Arbeitsverhältnis an. Das vertragslose Arbeitsverhältnis wurde lediglich insoweit anerkannt, als ein Ausgleich für die geleistete Arbeit über die Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung zu erfolgen hatte.
Ein Ausgleich nach den Vorschriften des Bereicherungsrechts stieß aber schon bald auf verbreitete Ablehnung. Denn die Erstattung des Wertersatzes nach den Regeln des Bereicherungs- und gegebenenfalls Schadensersatzrechts stellt nicht immer einen hinreichenden Ausgleich für die geleistete Arbeit dar, zumal

1) Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, 7.A., S.121, Fußn.16
2) Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reichs I, S.58 ff

der Wertersatz im Falle des § 818 Abs.3 BGB und des § 814 BGB vollständig fortfallen kann und der Bereicherungsanspruch auch keinen Pfändungsschutz genießt. Die Vertragstheorie sah sich daher schon frühzeitig genötigt, die Nichtigkeit von Arbeitsverhältnissen nach Möglichkeit einzuschränken. Dementsprechend wurde eine Umkehr der Regel des § 139 BGB dann für notwendig erachtet, wenn vertragliche Abmachungen gegen Arbeitnehmerschutzvorschriften verstießen, um zu verhindern, daß die Nichtigkeit der betreffenden Abrede zur Nichtigkeit des ganzen Arbeitsvertrages führt. Denn mit einer Vollnichtigkeit wäre dem Arbeitnehmer in Anbetracht seiner Abhängigkeit vom Arbeitsplatz nicht gedient.[1] In den Fällen des Wuchers und der übermäßigen Einschränkung der Bewegungsfreiheit des Arbeitnehmers wurde nicht Vollnichtigkeit des Arbeitsvertrages gem. § 138 BGB, sondern dessen Aufrechterhaltung zu angemessenen Bedingungen angenommen.[2]

Treu und Glauben, insbesondere der Grundsatz des venire contra factum proprium wurden herangezogen, um zu begründen, daß der Arbeitgeber wegen Nichtigkeit des Arbeitsvertrages die Lohnzahlung nicht verweigern dürfe, nachdem er seinerseits die Arbeitsleistung empfangen habe. So wurde ihm insbesondere die Berufung auf die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages wegen mangelnder Geschäftsfähigkeit des Arbeitnehmers nach bereits geleisteter Arbeit verwehrt.[3] Nach anderer Ansicht sollte das gleiche Ergebnis durch eine analoge Anwendung des § 110 BGB erzielt werden.[4]

Soweit Arbeitsverträge wegen Verstoßes gegen die Arbeitsschutzvorschriften nichtig sind, sollte die Nichtigkeit nur ex nunc geltend gemacht werden können, da die Arbeitsschutz-

1) Staudinger-Nipperdey, 9.A., Anm.IV 3a zu § 611 BGB; Kreller, AcP 1924, S.23 ff" so auch § 8 des ArbVGE, Reichsarbeitsblatt, Amtlicher Teil, 1923, S.498 ff; vgl. zum ArbVGE Hueck-Molitor-Riezler, Arbeitsvertrag, S.149

2) Staudinger-Nipperdey, 9.A., Anm.IV 3b zu § 611 BGB

3) Staudinger-Nipperdey, 9.A., Anm.IV 3c zu § 611 BGB

4) Oertmann, Bd.1, Erl.7 zu § 110 BGB; Staudinger-Riezler, 10.A., Erl.9 zu § 110 BGB; RG Warn.Rspr. 1914, Nr.183

vorschriften dem Schutz des einzelnen Arbeitnehmers zu dienen bestimmt sind, diesem aber nicht geholfen ist, wenn die Nichtigkeit ex tunc wirkt.[1)]

Darüber hinaus wurde § 52 AVGE, nach dessen Regelung beim vertragslosen Arbeitsverhältnis für tatsächlich geleistete Arbeit Entgelt wie aus gültigem Vertrag gewährt werden sollte, als echter Fortschritt angesehen und eine entsprechende gesetzliche Regelung gutgeheißen.[2)]

Die nachfolgende Lehre vertrat die Ansicht, die Vorschriften des BGB über die Anfechtung und Nichtigkeit von Willenserklärungen seien auf den unabhängigen Dienstvertrag zugeschnitten, könnten jedoch nicht unbesehen für das personenrechtliche Arbeitsverhältnis gelten.[3)] Demgemäß wurde zwischen der Zeit vor und nach dem Antritt der Arbeit unterschieden. War noch keine Arbeit erbracht worden, so bestanden dieser Auffassung nach keine Bedenken gegen die Anwendung der allgemeinen Vorschriften des BGB über die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Willenserklärungen. War hingegen ein Gemeinschaftsverhältnis verwirklicht und mit der Arbeit begonnen worden, so konnten die Vorschriften des BGB über die Anfechtbarkeit mit der Wirkung des § 142 BGB nicht zur Anwendung gebracht werden. Zur Begründung wurde darauf verwiesen, die Tatsache, daß ein Gemeinschaftsverhältnis bestanden habe, lasse sich nicht mehr rückwirkend beseitigen.[4)] In Betracht kommen sollte lediglich eine Anfechtung mit ex-nunc-Wirkung.

In gleicher Weise sollte den Parteien die Berufung auf die Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses für die Vergangenheit

1) Staudinger-Nipperdey, 9.A., Bem.IV 3c zu § 611 BGB

2) Hueck in IheringJ Bd.74, S.379 ff; zum § 52 AVGE vgl. Kreller, AcP Bd.122, S.21, 22; der Entwurf selber ist im RArbBl., Amtlicher Teil, 1923, S.498 ff abgedruckt.

3) Staudinger-Nipperdey, 10.A., Rdn.96 zu § 611 BGB

4) Staudinger-Nipperdey, 10.A., Rdn.96, 97 zu § 611 BGB; Hueck, ZAkDR 1938, S.300; ders., DAR 1938, S.132; Molitor, DAR 1940, S.161

versagt sein, sofern das Arbeitsverhältnis in Unkenntnis des Nichtigkeitsgrundes eingegangen war, und zwar so lange, als die andere Partei im Vertrauen auf die Wirksamkeit des Vertrages ihren Verpflichtungen nachgekommen war.[1)]
Kannte hingegen ein Vertragsteil den Mangel des Arbeitsvertrages, so sollten ihm vertragliche Ansprüche für die Zeit der erfolgten Beschäftigung nicht zustehen.[2)]
Im übrigen wurde daran festgehalten, daß die Anwendung und Wirkungsweise der Nichtigkeitsregeln des BGB durch den Grundsatz des venire contra factum proprium sowie im Falle eines Verstoßes vertraglicher Abmachungen gegen Arbeitsschutzvorschriften und in bestimmten Fällen der Nichtigkeit nach § 138 BGB einzuschränken ist.[3)]
Bei absoluter Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses wurden zwar die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung für anwendbar erklärt, trotzdem wurde aber eine Anwendung des § 814 BGB abgelehnt.
Bei einem Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung sollte die für gleichartige Arbeitsverhältnisse übliche oder angemessene Vergütung zu zahlen sein.[4)]
Im wesentlichen werden diese Grundsätze noch heute von der Vertragstheorie vertreten. Demgemäß unterliegt der Arbeitsvertrag in der Zeit vor dem Arbeitsantritt den allgemeinen Vorschriften des BGB über die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Willenserklärungen. Bei Verstoß einer Bestimmung des Arbeitsvertrages gegen eine Bestimmung des Arbeitsschutzrechtes ist der Arbeitsvertrag entgegen der Regel des § 139 BGB aufrechtzuerhalten. Dies gilt ebenfalls im Falle des Lohnwuchers und bei einem Verstoß gegen eine unabdingbare kollektivrechtliche Bestimmung. An die Stelle der kollektivwidrigen Vereinbarung tritt die kollektivrechtliche Regelung, an die Stelle des zu geringen Lohnes der sonst angemessene Lohn.[5)]

1) Staudinger-Nipperdey, 10.A., Rdn.105 zu § 611 BGB
2) Staudinger-Nipperdey, 10.A., Rdn.105, Fußn.1 zu § 611 BGB
3) Staudinger-Nipperdey, 10.A., Rdn.98, 99, 100, 104 zu § 611 BGB
4) Hueck-Nipperdey-Dietz, AOG, 3.A., Rdn.16n
5) vgl. zum Ganzen Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, 7.A. S.185, 186

Für die Zeit nach Antritt der Arbeit wird eine Anfechtung mit rückwirkender Kraft nicht für zulässig erachtet. Das Arbeitsverhältnis kann in diesem Falle lediglich mit Wirkung für die Zukunft gelöst werden.[1] Von Ausnahmen abgesehen wird das nichtige Arbeitsverhältnis nach Arbeitsantritt ebenfalls wie ein fehlerfreies Rechtsverhältnis behandelt. Nur mit Wirkung für die Zukunft kann dieses Verhältnis fristlos beendet werden.[2] So kann auch einem Minderjährigen, der ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters ein Arbeitsverhältnis eingegangen ist, für die Zeit seiner Beschäftigung die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages nach Treu und Glauben nicht entgegengehalten werden.[3]

Einen Widerspruch zu ihrem methodischen Ausgangspunkt vermag die Vertragstheorie in der damit verbundenen Annahme, daß auch ein fehlerhafter Arbeitsvertrag ein Arbeitsverhältnis zu begründen vermag, nicht zu sehen. Ist doch der Ausschluß der rückwirkenden Nichtigkeit auch bei den anderen gemeinschaftsbegründenden Verträgen, insbesondere bei der Eheschließung und dem Gesellschaftsvertrag schon seit langem anerkannt.[4]

Der Ausschluß der Rückwirkung ist somit eine notwendige Konsequenz aus der besonderen Natur des Arbeitsverhältnisses als personenrechtlichem Gemeinschaftsverhältnis.[5] Die früher gegebene Begründungm ein Arbeitsverhältnis, das einmal bestanden habe, könne nicht wieder rückwirkend beseitigt werden, dementsprechend sei eine Anwendung der Vorschriften des BGB über die Rückwirkung der Anfechtung nicht möglich,[6] wird nunmehr als

1) Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, 7.A., S.186 ff; BAG AP Nr.2 zu § 123 BGB

2) Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, 7.A., S.191; BAG AP Nr.2 zu § 125 BGB; BAG AP Nr.2 zu § 138 BGB

3) Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, 7.A., S.190

4) Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, 7.A., S.123, 124; Hueck, Arbeitsrecht-Blattei, D-Blatt, Arbeitsvertrag-Arbeitsverhältnis V, "Mängel des Arbeitsvertrages" unter B

5) BAG AP Nr.1 zu § 119 BGB

6) vgl. Hueck, DAR 1938, S.182; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 4 Rdn.9

mit dem Wesen der Anfechtung unvereinbar aufgegeben.[1]
Den eigentlichen Grund für die besondere Behandlung der Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründe bei den Gemeinschaftsverhältnissen erblickt Hueck darin, daß eine rückwirkende Beseitigung aller infolge des Vollzuges der Gemeinschaft entstandenen Rechtsfolgen unbillig sein würde. Diesen eigentlichen Beweggrund läßt die Vertragstheorie seiner Ansicht nach klarer hervortreten als die Eingliederungstheorie dies zu tun vermag.[2]

2. Kapitel: System und Methodik der Eingliederungstheorie

Die Notwendigkeit der Anerkennung des faktischen Arbeitsverhältnisses und die Überwindung des Dualismus zwischen faktischem und vertraglichen Arbeitsverhältnis war das ursprüngliche Anliegen der Eingliederungstheorie.
Die Notwendigkeit der Anerkennung des faktischen Arbeitsverhältnisses folgt für die Eingliederungstheorie aus der Erkenntnis, daß die Wesensmerkmale des Arbeitsverhältnisses in der industriellen Arbeitswelt sich grundlegend - und weitgehender als dies die Vertragstheorie annimmt - von den gesetzlich vorgegebenen Eigenheiten des Dienstvertrages unterscheiden.[3]
Um die der Eingliederungstheorie immanenten Impulse und die ihr zugrunde liegenden gedanklichen Bezüge deutlicher hervortreten zu lassen sowie um des besseren Verständnisses willen, soll zunächst ein Rückblick auf die Entstehungsgeschichte der Eingliederungstheorie in der heute vertretenen Form gegeben werden.

1) Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, 7.A., S.184, Fußn.2; vgl. auch Simitis, JZ 1964, S.741; Schnorr v.Carolsfeld, Arbeitsrecht, S.145; Beitzke, Nichtigkeit, S.30

2) Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, 7.A., S.125

3) vgl. hierzu Molitor, RdA 1955, S.41

1. Das Arbeitsverhältnis als sozialrechtliches Organisationsverhältnis

Ausgangspunkt der Lehre vom Arbeitsverhältnis als dem sozialrechtlichen Organisationsverhältnis, die Heinz Potthoff in zahlreichen Schriften vertreten hat,[1] ist die grundlegende Erkenntnis Otto v. Gierkes, daß "die Funktion des Dienstvertrages in der Organisation der Arbeit durch ihre Einfügung in ein herrschaftliches Ganzes" besteht.[2] Tatsächliche Grundlage des Arbeitsverhältnisses ist demnach die "Hingabe eines Menschen in die Herrschaft eines anderen ", aus der erst vermögensrechtliche Beziehungen unter den Parteien entstehen.[3] Eine Gleichberechtigung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber besteht nur bei Abschluß des Arbeitsvertrages. Nach Aufnahme der Arbeit tritt der Arbeitnehmer notwendig in ein Verhältnis der Unterordnung zum Arbeitgeber. "Er wird Glied einer geordneten, disziplinierten, kommandierten Arbeitsgemeinschaft, deren Gesetzen er unterworfen ist und sein muß."[4]
Da somit im Arbeitsvertrag nicht Vermögenswerte geschuldet werden, der Arbeitnehmer auch nicht einzelne Arbeitsleistungen verspricht, sondern sich selbst in den Dienst des Arbeitgebers stellt und diesem die Verfügungsmacht über seine Arbeitskraft einräumt, ist das Arbeitsverhältnis kein Austauschverhältnis, das die Eingliederung des Arbeitsnehmers in den Betrieb zum Gegenstand hat.[5]
Ist der Betrieb ein "organisch gegliedertes Ganzes, bei dem alle Teile voneinander abhängen, ineinandergreifen, nur in Verbindung miteinander Wert haben", so kann das einzelne Arbeitsverhältnis nicht, wie dies die Vertragstheorie annimmt, als von den anderen Arbeitsverträgen zum gleichen Arbeitgeber rechtlich

1) Arbeitsrecht 1922, S.267 ff, S.369 ff; JW 1926, S.1842 ff; Arbeitsrecht -Das Ringen um werdendes Recht-, S.24 ff, 39 ff, 47 ff; NzfA 1931, Sp.283 ff

2) Otto v.Gierke, Dtsch. Privatrecht III, S.593

3) Potthoff, Arbeitsrecht 1922, S.273, 274

4) Arbeitsrecht -Das Ringen um werdendes Recht, S.39,40

5) Arbeitsrecht -Das Ringen um werdendes Recht, S.24, 25; ArbR 1922, S.275, 276

getrennt angesehen werden, vielmehr geht es in der Gesamtheit der im Betriebe bestehenden Arbeitsverhältnisse auf.[1] Zugleich umfaßt es die Gesamtheit der auf Grund der tatsächlichen Beschäftigung und des Arbeitsvertrages entstandenen Rechtsbeziehungen.[2]

Der soziologischen, auf die soziale Wirklichkeit abstellenden Betrachtungsweise von Potthoff entspricht es, daß die rechtliche Bedeutung des Arbeitsvertrages weitestgehend in Abrede gestellt wird. Nicht die rechtlichen Beziehungen zum Unternehmer, sondern die zum Unternehmen sind das Entscheidende.[3] "Der Arbeitsvertrag ist entthront, weil das Arbeitsverhältnis nicht mehr in erster Linie ein individualrechtliches Schuldverhältnis, sondern in erster Linie ein sozialrechtliches Organisationsverhältnis ist."[4]

Der Arbeitsvertrag ist nicht mehr die notwendige Tatbestandsvoraussetzung für die Begründung eines vom Recht anerkannten Arbeitsverhältnisses, da fast alle Rechtswirkungen aus der Tatsache der Arbeitsleistung im Dienste eines anderen entstehen.[5] Eine Einschränkung wird nur insofern gemacht, als der Arbeitslohn bei einer ohne gültigen Vertrag erbrachten Arbeitsleistung im Wertersatz nach dem Bereicherungsrecht bestehen soll.[6] Daß Potthoff hierin in Übereinstimmung mit seinen Grundanschauungen nur ein auf Grund der gegebenen Gesetzeslage zeitbedingtes Zugeständnis erblickte, beweist sein Eintreten für den § 52 AVGE, der beim vertragslosen Arbeitsverhältnis den Lohnanspruch für tatsächlich geleistete Arbeit wie aus

1) Arbeitsrecht -Das Ringen um werdendes Recht, S.39
2) Arbeitsrecht -Das Ringen um werdendes Recht, S.47
3) JW 1925, S.1843
4) JW 1925, S.1843
5) JW 1925, S.1843; ArbR 1922, S.277, 278
6) Arbeitsrecht -Das Ringen um werdendes Recht, S.50

gültigem Vertrag gewähren wollte.[1]
Später hat Potthoff dem nur faktisch Beschäftigten den vollen gesetzlichen bzw. tariflichen Lohnanspruch zugesprochen und darüber hinaus die Lösung des faktischen Arbeitsverhältnisses nur unter Einhaltung der gesetzlichen und sonstigen Kündigungsschutzbestimmungen für zulässig erachtet. Die gegenteilige Ansicht wurde als überholt bezeichnet.[2]

2. Die Lehre Molitors

In seinen Schriften zum Arbeits- und Beschäftigungsverhältnis hat Molitor die Ursachen der persönlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers eingehend untersucht.[3] Wie bereits Potthoff, so kennzeichnet auch Molitor das Arbeitsverhältnis des abhängigen Arbeitnehmers als ein herrschaftliches Gewaltverhältnis. Der Arbeitgeber macht sich die ihm zur Verfügung gestellte Arbeitskraft als persönliches Betriebsmittel dienstbar, die Funktion des Arbeitnehmers besteht im Bereitstellen der Arbeitskraft.[4]

Die das Arbeitsverhältnis kennzeichnende persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers gründet sich nicht auf das der schuldrechtlichen Weisungspflicht zugrunde liegende Vertragsverhältnis. Sie wird vielmehr durch das auf der Organisationsgewalt des Arbeitgebers beruhende Gewaltverhältnis und damit durch die Eingliederung in den Betrieb begründet.[5] Um auch

1) NZfA 1931, Sp.286; weitergehend demgegenüber seinerzeit schon Sinzheimer, Grundzüge, S.146, 166, der auch beim faktischen Arbeitsverhältnis den vollen Lohnanspruch gewähren wollte. Dersch, ArbRPrax.1930, S.145, wollte beim außerkontraktlichen Beschäftigungsverhältnis dem nur faktisch Beschäftigten einen Anspruch auf den in Betracht kommenden Tariflohn gewähren.

2) Das Deutsche Arbeitsrecht, S.52

3) vgl. hierzu Arbeitnehmer und Betrieb, S.6 ff; NZfA 1931, Sp.109 ff; RdA 1948, S.44 ff; RdA 1955, S.41 ff; RdA 1959, S.2 ff; ArbRBlattei, D-Blatt "Arbeitspflicht" unter A II, A IV

4) Arbeitnehmer und Betrieb, S.14

5) Arbeitnehmer und Betrieb, S.6, 7, 14 ff; NZfA 1931, Sp.110; RdA 1959, S.5; ArbR-Blattei, D-Batt "Arbeitspflicht" unter A II, A IV; so auch Sinzheimer, Grundzüge, S.141

die Arbeitsverhältnisse außerhalb eines Betriebes begrifflich erfassen zu können, vertritt Molitor in späteren Veröffentlichungen einen umfassenden Begriff der Eingliederung. Diese liegt bereits dann vor, wenn ein Arbeitnehmer zum Zweck der Leistung von Arbeit einer vom Arbeitgeber geschaffenen Organisation im Wege der Unterordnung eingegliedert ist.[1)]
Ist der Einordnungsvorgang auch kein Rechtsgeschäft, setzt er nicht einmal einen rechtlich beachtlichen Willen voraus, was darin zum Ausdruck kommt, daß auch Geisteskranke als Arbeitnehmer beschäftigt werden können, so ist doch naturgemäß entsprechend dem verfassungsrechtlich geschützten Selbstbestimmungsrecht der Person eine Einordnung ohne einen tatsächlichen Willensentschluß nicht denkbar. Die Einordnung beruht daher auf dem tatsächlichen beiderseitigen Einverständnis von Arbeitgeber und Arbeitnehmer.[2)]
Wie die Einordnung so beruht auch die Ausordnung auf einem entsprechenden tatsächlichen Willensentschluß.[3)]
Da die Einordnung ein bewußtes Zusammenwirken von Arbeitnehmer und Arbeitgeber erfordert, ist sie nicht mit der tatsächlichen Aufnahme der Arbeit identisch. Sie liegt bereits zu dem Zeitpunkt vor, in dem der beiderseitige Einordnungswille gegeben ist. Dieser muß aber während der ganzen Dauer der Einordnung - wenn auch nicht notwendig äußerlich erkennbar - vorhanden bleiben.[4)]
Beruht die Einordnung lediglich auf einem tatsächlichen beiderseitigen Einverständnis, so kann sie auch nicht mit dem Arbeitsvertrag identisch sein. Dieser bildet keine notwendige Tatbestandsvoraussetzung der Eingliederung.[5)] Der Arbeitsvertrag bildet lediglich den Beweggrund dafür, daß der Arbeitnehmer

1) RdA 1955, S.5; diesem erweiterten Eingliederungsbegriff unterfallen auch Kraftfahrer, Privatsekretäre etc., die nicht in einen Betrieb oder Haushalt eingegliedert sind.
2) Arbeitnehmer und Betrieb, S.16, 17; NZfA 1931, Sp.110, 111
3) Arbeitnehmer und Betrieb, S.22
4) NZfA 1931, Sp.110
5) Arbeitnehmer und Betrieb, S.18, 19; NZfA 1931, Sp.111

sich in den Arbeitsorganismus des Arbeitgebers einordnen läßt.[1] In der Regel wird sich daher mit der Einordnung und dem daraus entstandenen Gewaltverhältnis ein Arbeitsvertrag verbinden.

Soweit ein Arbeitsvertrag vorliegt, kommt diesem nur eine vorbereitende schuldrechtliche und das Arbeitsverhältnis normierende Bedeutung zu, indem der Arbeitsvertrag die Parteien zur Einordnung verpflichtet und für den Fall der Einordnung die Rechtsbeziehungen der Parteien regelt.

Ist die Einordnung bereits vollzogen, so ist der Arbeitsvertrag auf das fortdauernde Verbleiben im Arbeitsverhältnis gerichtet.[2]

Das Arbeitsverhältnis und das durch die Einordnung begründete tatsächliche Gewaltverhältnis, das Betriebszugehörigkeitsverhältnis, sind nach der Lehre Molitors nicht identisch.[3] Letzteres hängt in seiner Dauer vom Fortbestehen des Einordnungswillens ab und hat privatrechtliche Bedeutung nur im Hinblick auf den Urlaubsanspruch und die zu wahrenden Kündigungsfristen.[4]. Das Arbeitsverhältnis hingegen ist und bleibt ein Vertragsverhältnis. So beruht insbesondere auch der Lohnanspruch nach der Lehre Molitors auf dem Arbeitsvertrag.[5]

Da die Lehransicht von Molitor in weitem Umfang dem Arbeitsvertragsverhältnis verhaftet blieb, hat dieser nach damaliger Ansicht von Nikisch lediglich "das faktische Beschäftigungsverhältnis durch den wesentlich lebendigeren Begriff der Betriebszugehörigkeit ersetzt." Allerdings gesteht Nikisch Molitor zu, daß dessen Lehre von der Betriebszugehörigkeit von wesentlicher Bedeutung für die spätere Ausformung der eigentlichen Eingliederungstheorie gewesen ist.[6]

1) Arbeitnehmer und Betrieb, S.18; mißverständlich S.22, dort wird der Arbeitsvertrag als Rechtsgrundlage der Einordnung bezeichnet.
2) RdA 1955, S.41; NZfA 1931, Sp.113
3) NZfA 1931, Sp.113
4) NZfA 1931, Sp.114
5) Arbeitnehmer und Betrieb, S.18, 19, 22; NZfA 1931, Sp.117
6) Nikisch, Arbeitsverhältnis, S.14

In einer späteren Veröffentlichung läßt Molitor die Beantwortung der Fragen, ob der Lohnanspruch auch heute noch im Arbeitsvertrag seine Grundlage hat und ob bei einem faktischen Arbeitsverhältnis der Lohn nicht als Folge der Arbeitsleistung, also des Arbeitsverhältnisses anzusehen ist, wobei dem Arbeitsvertrag nur eine vorbereitende, schuldrechtlich verpflichtende und das spätere Arbeitsverhältnis normierende Bedeutung zukäme, ausdrücklich offen.[1)]

5. Das AOG und seine Auswirkungen auf die Dogmatik vom Einzelarbeitsverhältnis

Hatte das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit (AOG) vom 20.1.1934 für die Vertragstheorie eine erhebliche innere Umstrukturierung des Arbeitsvertragsbegriffes zur Folge, indem die personenrechtlichen Elemente der Treue und der Fürsorge als die den Vertrag tragenden und gestaltenden Pflichten deutlich in den Vordergrund gerückt wurden, bis sie schließlich das ausschließliche Wesen des Arbeitsvertrages ausmachen sollten, so ist der Erlaß dieses Gesetzes auch für die eigentliche Ausbildung der Eingliederungstheorie von entscheidender Bedeutung gewesen. Wurden doch diesem Gesetz wesentliche Anregungen und Impulse für die Ausformung der Eingliederungstheorie entnommen. Wenn somit auch unter der nationalsozialistischen Herrschaft wesentliche Grundlagen für die Ausgestaltung der Eingliederungstheorie sowie für das weitere Vordringen der personenrechtlichen Betrachtungsweise des Arbeitsverhältnisses als eines personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses geschaffen wurden, so haben doch beide Betrachtungsweisen mit dem Nationalsozialismus nichts gemein.[2)] Denn die Grundlagen beider Betrachtungsweisen sind bereits lange vor dem Nationalsozialismus gelegt worden. So beruht die Eingliederungstheorie wesentlich auf den Lehren von Potthoff und Molitor, deren Anliegen es war, die soziale Wirklichkeit zum Ausgangspunkt der arbeits-

1) RdA 1955, S.42
2) Molitor, RdA 1955, S.41

rechtlichen Betrachtungsweise zu erheben. Die personenrechtliche Anschauungsweise des Arbeitsverhältnisses geht vornehmlich auf die Arbeiten von Otto v.Gierke zurück. Sie wurzelt darüber hinaus in der Auffassung vom familienrechtlichen Charakter des Gesindeverhältnisses. Sie läßt sich sogar bis auf Friedrich Karl v. Savigny zurückverfolgen, der dem Arbeitsverhältnis bereits personenrechtliche Züge zugesprochen hatte, da das Dienstbotenrecht seinerzeit dem Personenrecht des PrALR unterfiel.[1)]

Nicht zu bestreiten ist allerdings, daß gerade in der Ära des Nationalsozialismus mit seinem Drang nach einer totalen Erfassung des Menschen dem Gemeinschaftsdenken ein übersteigerter Geltungsbereich eingeräumt wurde. Die Arbeitsrechtswissenschaft sah sich, indem sie entsprechend dem AOG von einer neuen Ordnung und Ethik der Arbeit ausging, alsbald dazu veranlaßt, für eine beinahe völlige Ausschaltung der allgemeinen Regeln des BGB im 1. und 2.Buch einzutreten. Der Einordnung in die Betriebsgemeinschaft kam das Primat vor der gesetzlichen Regelung zu.
Diese "lebendige, sichtbare Betriebsgemeinschaft", die als Gliederungsstufe und engere Ordnung unterhalb der Volksgemeinschaft verstanden wurde und aus dieser Einordnung ihren Sinngehalt und ihre Gesetzes- und Wesensmäßigkeit erfuhr, konnte entsprechend der ihr zuerkannten Bedeutung nicht als bloße Rechtsgemeinschaft verstanden werden und unterfiel letztlich nicht nur rechtlichen Kategorien, zumal sie das Fundament einer neuen Ordnung und Ethik der Arbeit bilden und aus sich heraus eine absolute Eigengesetzlichkeit für den eigenen Geltungsbereich begründen sollte. Derartige wissenschaftliche Bestrebungen, dem Arbeitsrecht ein Gemeinschaftsdenken im umfassenden Sinne zugrunde zu legen, sind, da nicht zuletzt auch die allgemeinen Vorschriften des BGB im 1. und 2.Buch die Freiheit der Person schützen wollen, schon aus diesem Grunde abzulehnen.

1) In der Rechtsprechung wurde erstmals in RGZ 106, S.272, 275 zum Kieler Straßenbahnstreik auf die Gemeinschaftsidee Bezug genommen.

Darüber hinaus stellt eine Gemeinschaft aber auch ein Sozialgebilde mit einer "rechtsfremden Struktur" dar, das seine Wirkungsweisen aus der "Wir-Verbundenheit der Mitglieder" erfährt und insoweit einer rechtlichen Regelung unzugänglich ist.[1)]

Rechtliche Regelungen sind somit mit dem Wesen einer echten Gemeinschaft unvereinbar, zumal "die Mitglieder sich der Gemeinschaft durch frei übernommene Pflichten verbunden haben und untereinander in ihrer Wir-Verbundenheit nicht darauf eingestellt sind, ihre Einzel- und Interessensphäre als Gemeinschaftsmitglieder durch Regelgebung gegeneinander abzugrenzen."[2)]
Im Arbeitsrecht, das vom Prinzip der Über- und Unterordnung ausgeht, führt ein zu weit gespanntes Gemeinschaftsdenken mit der skizzierten "negativen Tendenz der Distanzierung" vom Recht und der Nichteinmischung des Rechts in die Gemeinschaftssphäre allzuleicht zu der Versuchung, daß die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers nicht lediglich als ein im Rahmen der betrieblichen Erfordernisse und der Dienstbezogenheit bestehender begrenzter Zustand aufgefaßt wird, sondern daß darüber hinaus eine allumfassende Verfügungsgewalt des Arbeitgebers über die Person des Arbeitnehmers konstruiert wird.
Eine derartige Anschauung würde nicht den heutigen Gegebenheiten sowie den tatsächlichen Erfordernissen entsprechen.
Im übrigen sind die dogmatisch fruchtbaren Ansätze und Lösungsvorschläge der damaligen Zeit aber auch heute noch zu berücksichtigen.

a) Unter der Geltung des AOG[3)], das die Betriebsgemeinschaft

1) Henkel, Rechtsphilosophie, S.215
2) Henkel, Rechtsphilosophie, S.215
3) Die beiden wichtigen Eingangsparagraphen lauten:
§ 1 Im Betriebe arbeiten der Unternehmer als Führer des Betriebes, die Angestellten und Arbeiter als Gefolgschaft gemeinsam zur Förderung der Betriebszwecke und zum gemeinsamen Nutzen von Volk und Staat.
§ 2 Der Führer des Betriebes entscheidet der Gefolgschaft gegenüber in allen betrieblichen Angelegenheiten, soweit sie durch dieses Gesetz geregelt werden.
Er hat für das Wohl der Gefolgschaft zu sorgen. Diese hat ihm die in der Betriebsgemeinschaft begründete Treue zu halten.

und die Fürsorge und Treue der im Betriebe Tätigen zu den zentralen Leitgedanken erhob und die Arbeit im Sinne eines sittlichen Postulats als Dienst an Volk und Staat aufgefaßt wissen wollte, das im übrigen aber die Begriffe Arbeitsvertrag, Arbeitsverhältnis und Einzelarbeitsvertrag vereinzelt beibehielt, hielt die Vertrags- (Einheits-)theorie an ihrer ursprünglichen dogmatischen Grundauffassung fest.
Der Arbeitsvertrag ist unmittelbar auf die Begründung des Arbeitsverhältnisses gerichtet. Der tatsächlichen Arbeitsaufnahme oder eines anderen faktischen Aktes bedarf es zur Begründung des Arbeitsverhältnisses nicht. Die Eingliederung in den Betrieb ist bereits Ausführungs- bzw. Erfüllungshandlung. Neben dem Arbeitsvertrag gibt es weder einen Vorvertrag noch sogenannte zusätzliche Vereinbarungen zur Gestaltung des Arbeitsverhältnisses. Auch die gesetzlichen und die in einer Tarifordnung vorgesehenen Ansprüche werden aus dem Arbeitsvertrag abgeleitet.[1)]

Zugleich mit der Begründung des Arbeitsverhältnisses führt der Arbeitsvertrag zur Aufnahme des Arbeitnehmers in die vom AOG zur Grundlage des Arbeitslebens erhobene Betriebsgemeinschaft, die auch den Unternehmer umfaßt.
Die Grundsätze der Betriebsgemeinschaft wurden zunächst nur behutsam im Wege der Auslegung auf das Arbeitsverhältnis angewandt. Arbeitsverhältnis und Betriebsgemeinschaft wurden als zwei rechtlich selbständige personenrechtliche Gemeinschaften angesehen. Somit wurde nur ein innerer Wandel des Arbeitsvertrages angenommen, der von sittlichen Normen beherrscht und einen stark personenrechtlichen Charakter haben, im übrigen aber weiterhin schuldrechtliche Momente enthalten sollte.[2)]

1) vgl. zur Vertragstheorie während dieses Zeitabschnittes Lutz Richter, SozPrax.1934, Sp.251, 252; Dersch, ZRR 1935, S.292; ders., ZAkDR 1935, S.368 ff, 371; Mannsfeld, DAR 1936, S.118 ff, 122 ff; (eine andere Ansicht wurde von Mannsfeld in ZAkDR 1935, S.906 ff; JW 1936, S.481 ff, 482, 483, 484 vertreten; hier schließt sich Mannsfeld weitgehend Siebert an.); Schoan, ZAkDR 1936, S.708 ff, 710 ff; Joerges, DAR 1938, S.91 ff, 95; Nipperdey, ZAkDR 1935, S.911 ff; ders., DAR 1937, S.142 ff; der Ansicht, daß Gemeinschaftsverhältnisse wie das Arbeitsverhältnis nur durch Vertrag begründet werden können, stimmt auch Müllereisert, DAR 1938, S.280 ff, zu.

2) Hueck-Nipperdey-Dietz, AOG, 1.A., § 2, Anm.16 (Es sollte "kein völliger Umbruch mit dem bisherigen Recht, aber eine wesentliche Schwergewichtsverlagerung" eingetreten sein.); Mannsfeld-Pohl, AOG, S.89 ff; Richter, SozPrax.1934, Sp.255; Dersch, ZAkDR 1935, S.370

Eine engere Verbindung von Arbeitsverhältnis und Betriebsgemeinschaft als die im Wege der Auslegung hergestellte wurde von Mannsfeld vertreten, der annahm, das Arbeitsverhältnis sei in die Betriebsgemeinschaft eingebettet.[1)]
Von anderer Seite wiederum wurde der schuldrechtliche Charakter des Arbeitsverhältnisses bestritten und eine hilfsweise Anwendung der schuldrechtlichen Regeln des BGB weitgehend abgelehnt, an der Auffassung, daß das Einzelarbeitsverhältnis und die Betriebsgemeinschaft zu trennen seien, aber festgehalten.[2)]

Eine andere Ansicht innerhalb der Vertragstheorie stimmte der Auffassung von Siebert vom personenrechtlichen Gliedschaftsverhältnis des Arbeitnehm-ers innerhalb der Betriebsgemeinschaft, die die unmittelbare Anwendung der Grundsätze der Betriebsgemeinschaft auf das Arbeitsverhältnis zur Folge hat, weitgehend[3)] bzw. sogar uneingeschränkt zu.[4)]
Am Ende dieser Entwicklung sind die Vertreter der Vertragstheorie jedenfalls einheitlich der Auffassung, daß das Arbeitsverhältnis kein schuldrechtliches Vertragsverhältnis, sondern ein personenrechtliches, von den Grundsätzen der Treue und Fürsorge beherrschtes Gemeinschaftsverhältnis ist. Dieser - dann allgemein vertretenen - Ansicht schloß sich auch der Ausschuß der Akademie für Deutsches Recht in seinem 1938 veröffentlichten Gesetzentwurf über das Arbeitsverhältnis an.[5)]

1) Mannsfeld, DAR 1936, S.125

2) Nipperdey, ZAkDR 1935, S.912

3) Dersch, ZAkDR 1935, S.902; so auch Mannsfeld, ZAkDR 1935, S.908, der hier auch hinsichtlich des Begründungsvorganges und der Wirkungen des Arbeitsverhältnisses eine Siebert sehr nahestehende Ansicht vertritt, vgl.aaO, S.908, 909, 910.

4) Schoan, ZAkDR 1936, S.710; für eine unmittelbare Anwendung der Grundsätze der Betriebsgemeinschaft auf das Arbeitsverhältnis tritt auch Joerges ein, vgl. DAR 1938, S.91; im Unterschied zu der übrigen Lehre ist Joerges aber der Ansicht, daß die Betriebsgemeinschaft in jedes Arbeitsverhältnis eingebettet ist, vgl. aaO, S.93, 94, 95; damit stellt sich Joerges gegen die Lehre von der personenrechtlichen Gemeinschafts- und Gliedschaftsordnung.

5) vgl. Hueck, ZAkDR 1938, S.298; ders., RdA 1938, S.180, 181. Die durchgehende Stetigkeit, die der Vertragstheorie im Gegensatz zur Eingliederungstheorie immer wieder bescheinigt wird, ist in Anbetracht der vorstehenden Meinungsdifferenzen innerhalb der Vertragstheorie tatsächlich nicht gegeben.

b) Anders als die Vertrags-(Einheits-)theorie führen die Lehren von Siebert und Nikisch in ihrer ursprünglichen Ausprägung zu einer totalen Negierung der bestehenden Rechtsordnung des BGB und zu einer völlig neuen Dogmatik vom Arbeitsverhältnis. Hauptanliegen der Lehren von Siebert und Nikisch ist die Überwindung der herkömmlichen Betrachtungsweise des Arbeitsvertrages als eines hinsichtlich seines Bestehens streng den Regeln des BGB unterliegenden Vertragsverhältnisses und damit die Beseitigung des Dualismus zwischen dem vertraglichen und faktischen Arbeitsverhältnis. "Seinem Wesen nach ist das Arbeitsverhältnis der herrschenden Lehre eine bloße gedachte Beziehung zwischen den Vertragsparteien, und an der Realität des Lebens nimmt es erst teil, wenn im Zuge der Vertragserfüllung Arbeit geleistet wird."[1] "Das faktische Beschäftigungsverhältnis ist demgegenüber nicht etwa ein minderes oder schwächeres Arbeitsverhältnis, dem zur vollen Wirkung die vertragliche Grundlage fehlt. Es ist im Gegenteil ein viel lebendigeres und kräftigeres Verhältnis, weil es ganz und gar der Wirklichkeit angehört und ein Lebensvorgang von hohem Gehalte ist, der Beachtung und rechtliche Ordnung verlangt."[2]
Demgemäß sind nach Ansicht der Eingliederungstheorie "das wirkliche Leben und die lebendigen Beziehungen der Menschen zueinander" "wichtiger als die Verträge", "ja, sie sind der alleinige Gegenstand einer rechtlichen Ordnung, während der Vertrag ein bloßes Ordnungsmittel bildet."[3] Es gilt daher von der alleinigen Maßgeblichkeit der nur "konstruierten Verträge" abzugehen, "von den Verträgen und Vertragsverhältnissen, die doch bloß in der Vorstellung existieren, zu den eigentlichen Lebensverhältnissen vorzustoßen."[4] Zugleich soll die Gesamtheit der Rechtsbeziehungen des Arbeitnehmers innerhalb der Betriebsgemeinschaft im Begriff des Arbeitsverhältnisses erfaßt und dieses

1) Nikisch, Arbeitsvertrag, S.26
2) Nikisch, Arbeitsvertrag, S.27; damit überein-stimmend Arbeitsverhältnis, S.88, 89
3) Nikisch, Arbeitsvertrag, S.29
4) Nikisch, Arbeitsvertrag, S.29, 48

nicht lediglich als Einzelbeziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer verstanden werden.
Diese Bestrebungen haben ihren Ausdruck in der Lehre Sieberts vom personenrechtlichen Arbeitsverhältnis und in der Lehre von der Eingliederung, die Nikisch begründet hat, gefunden.

4. Die Lehre vom personenrechtlichen Arbeitsverhältnis

Nach der Lehre vom personenrechtlichen Arbeitsverhältnis[1] stellt die Betriebsgemeinschaft eine organische körperschaftsähnliche Einheit dar, die ihre Wirkungen in absoluter Eigengesetzlichkeit aus sich heraus begründet und die sich wesensmäßig grundlegend von einer lediglich vertraglichen Rechtsbeziehung unterscheidet. "Die Ordnung dieser Gemeinschaft ist keine Summe von einzelnen Vertragsbeziehungen unter den Beteiligten, sondern eine personenrechtliche Gemeinschafts- und Gliedschaftsordnung."[2]
Stellt der Betrieb nicht lediglich eine technisch-ökonomische Einheit dar, sondern darüber hinaus als Zentralbegriff des AOG die Verkörperung einer konkreten Gemeinschaft mit einer autonomen Ordnung, so unterliegen die im Betriebe Tätigen notwendigerweise diesen Gesetzen der Gemeinschaft. Die lebendige Ordnung der Betriebsgemeinschaft bildet die unmittelbare Grundlage des Arbeitsverhältnisses.[3] "Betriebsgemeinschaft und Arbeitsverhältnis sind wesensgleich", das Arbeitsverhältnis ist Glied-

1) Siebert zustimmend Huber, JW 1937, S.1111 ff; im wesentlichen stimmte auch Rhode, ZAkDR 1936, S.371 ff; 1937, S.203 ff Siebert zu. Im Unterschied zu Siebert erblickte Rhode aber in in dem Vorvertrag und den zusätzlichen Vereinbarungen einen Arbeitsvertrag, dessen Vereinbarungen über die gestaltende Wirkung hinaus im Einzelfall eine untergeordnete selbständige Bedeutung beibehalten können, ZAkDR 1937, S.205 ff; 1936, S.373 ff. Wie Siebert geht auch Hentschel, DAR 1936, S.299 ff, 300 davon aus, daß das Arbeitsverhältnis erst dann entsteht, wenn der Arbeitnehmer auf Grund einer Einigung in den Betrieb aufgenommen ist. In dieser Einigung sieht Hentschel aber einen Vertrag, die sog. arbeitsrechtl. Vorvereinbarung bezeichnet er als Arbeitsvertrag, die Lehre Sieberts vom Gliedschaftsverhältnis innerhalb der Betriebsgemeinschaft wird abgelehnt.

2) Siebert, zitiert bei Mannsfeld, ZAkDR 1935, S.907

3) Zunächst hatte auch Siebert im Arbeitsvertrag den Entstehungstatbestand des Arbeitsverh. gesehen, vgl. DAR 1935, S.95.

schaftsverhältnis innerhalb der Betriebsgemeinschaft",[1] es ist Teilhabe an der Betriebsgemeinschaft im Sinne einer substantiellen Wesensgleichheit.[2]

Das Arbeitsverhältnis ist somit kein Schuldverhältnis, nicht einmal ein vertragliches Rechtsverhältnis, sondern ein personenrechtliches Gemeinschafts- und Gliedschaftsverhältnis innerhalb der konkreten Gemeinschaftsordnung des Betriebes. Auf Arbeitsverhältnisse außerhalb des Betriebes sind die Grundsätze der Betriebsgemeinschaft entsprechend anzuwenden.[3]

Durch seine Einordnung in die Gemeinschaft des Betriebes wird das Arbeitsverhältnis von seinen Bindungen an das Gesetz befreit, es unterliegt hinsichtlich seiner Begründungsvoraussetzungen nicht mehr den Vorschriften des BGB.[4] Der Dualismus zwischen vertraglichem und faktischem Arbeitsverhältnis ist überwunden. "Es vereinigen sich die bisherigen BGB-Arbeitsvertragselemente mit dem Betriebszugehörigkeitsverhältnis auf der Grundlage der Betriebsgemeinschaft."[5] Ist die Betriebsgemeinschaft ein "sozialer Organismus mit genossenschaftlichem Charakter" und körperschaftsähnlicher Struktur, so stellt der Eintritt in die Betriebsgemeinschaft einen sozialschöpferischen Vorgang dar, durch den ein neues Glied dem betrieblichen Organismus eingefügt wird.[6]

Das Arbeitsverhältnis kann nach Ansicht von Siebert nur durch eine wirkliche Eingliederung in die Betriebsgemeinschaft begründet werden. Diese Eingliederung ist ein zusammengesetzter Tatbestand. Er umfaßt die Einigung beim Eintritt in das Arbeitsverhältnis sowie den Antritt der Stellung, die tatsächliche Aufnahme der Arbeit.[7]

1) Siebert, ZAkDR 1936, S.94; DAR 1937, S.16; Arbeitsverhältnis, S.64
2) DAR 1937, S.17, 18
3) Arbeitsverhältnis, S.16, Anm.1; DRW 1936, S.221, Anm.2; ZAkDR 1936, S.94
4) Arbeitsverhältnis, S.60, 68, 84; DAR 1935, S.483
5) Arbeitsverhältnis, S.52; DAR 1935, S.485
6) Arbeitsverhältnis, S.73, 74; DAR 1937, S.46
7) DAR 1937, S.44, 45

Voraussetzung für die Begründung des Arbeitsverhältnisses ist somit auf Seiten des Arbeitnehmers ein bewußtes Hineinstellen in die Betriebsgemeinschaft und auf Seiten des Arbeitgebers eine Aufnahme in den Betrieb.[1] Die Begründung des Arbeitsverhältnisses beruht insoweit auf einer Willensübereinstimmung, einer Einigung, die nach Siebert als ein personenrechtlicher Schöpfungsakt, allenfalls als ein sozialschöpferischer Vertrag aufgefaßt werden kann.[2] Diese Einigung kann aber nicht als ein Vertrag im Sinne der überkommenen Lehre angesehen werden, da Wesen und Wirkungen des Arbeitsverhältnisses nicht auf dem Einverständnis der Vertragsparteien, sondern unmittelbar auf der Arbeitsleistung innerhalb der Betriebsgemeinschaft beruhen,[3] die ihre Ordnung in sich trägt, also auf eigenem Rechtsgrund entfaltet. Dementsprechend unterscheidet sich die Einigung in ihrem Wesen von der die Persönlichkeit nicht unmittelbar erfassenden vertraglichen Rechtsbeziehung. Sie kann daher auch nicht als Vertrag bezeichnet werden, der im übrigen dem Vermögensrecht vorbehalten bleiben sollte.[4] Die nach Siebert notwendige Einigung erfordert keinen rechtsgeschäftlichen Willen. Voraussetzung ist lediglich, daß der neu eintretende Arbeitnehmer ein Mindestmaß an Urteils- und Einsichtsfähigkeit bes-itzt, um ein vollwertiges Glied der betrieblichen Arbeitsgemeinschaft zu werden.[5]

Als weitere konstitutive Tatbestandsvoraussetzung muß zu der Einigung der Antritt der Stellung, die Aufnahme in den Betrieb hinzutreten, da ein voll wirksames Arbeitsverhältnis, dessen Grundlage die Arbeit als Entfaltung der Persönlichkeit ist, erst dann vorliegt, wenn die Eingliederung auch wirklich vollzogen ist.[6]

Die Eingliederung umfaßt somit ein rechtliches und ein faktisches Element. Beide lassen sich aber nicht in zwei getrennte

1) DAR 1937, S.44
2) DAR 1937, S.46
3) DAR 1937, S.19, 46; ZAkDR 1936, S.97; JW 1937, S.1103
4) DAR 1937, S.306
5) Arbeitsverhältnis, S.90
6) DAR 1937, S.45

Tatbestände zerle-gen. Vielmehr ist das rechtliche Element bereits in dem Begriff des Eintritts in die Betriebsgemeinschaft enthalten. Die Eingliederung kann demgemäß als der im beiderseitigen Einverständnis erfolgende Eintritt in die Betriebsgemeinschaft aufgefaßt werden.[1)]

Die faktische Aufnahme der Arbeit ist nicht in jedem Fall Voraussetzung für die Begründung des Arbeitsverhältnisses. Von ihr kann im Falle einer beiderseits vorhandenen und zum Ausdruck gebrachten Arbeitsbereitschaft abgesehen werden, sofern gleichzeitig "eine Aussicht auf Verwirklichung dieser Bereitschaft und auf Erfüllung des konkreten Zweckes der Arbeitsgemeinschaft besteht."[2)] So scheitert namentlich das Entstehen des Arbeitsverhältnisses nicht an einer Erkrankung des Arbeitnehmers im für die Arbeitsaufnahme vorgesehenen Zeitpunkt. In diesem Falle steht dem Arbeitnehmer demgemäß der volle Lohnanspruch zu. Diese Ausnahme ist gerechtfertigt, weil die Erkrankung und damit der Grund für das Ausbleiben der tatsächlichen Arbeitsleistung dem Wesen des Arbeitsverhältnisses als eines Gemeinschaftsverhältnisses nicht entgegensteht.[3)]

Ein Arbeitsverhältnis entsteht nach Ansicht von Siebert aber nicht, wenn der Arbeitnehmer der Arbeit eigenmächtig fernbleibt oder wenn der Arbeitgeber die Einstellung ablehnt.[4)] Im letzteren Falle werden lediglich Schadensersatzansprüche gewährt.[5)]

Da die hier in Betracht kommenden Schadensersatz- und Ausgleichsansprüche schon aus Billigkeitsgründen den gleichen gesetzlichen Schutz genießen müssen wie ein Lohnanspruch, fordert Siebert den Erlaß einer entsprechenden gesetzlichen Bestimmung.[6)]

1) DAR 1937, S.307; Arbeitsverhältnis, S.87

2) DAR 1937, S.307

3) ZAkDR 1936, S.96; DAR 1937, S.45; so ebenfalls Nikisch, Festschrift für Lehmann, S.294; anders aber in Arbeitsvertrag, S.76, 77; in Arbeitsverhältnis, S.100 behandelt Nikisch den Anspruch auf Vergütung in diesem Fall ebenfalls als Lohnanspruch.

4) DAR 1937, S.308

5) ZAkDR 1936, S.96; so ebenfalls Nikisch, Arbeitsvertrag, S.67, etwas abweichend Arbeitsverhältnis, S.308

6) ZAkDR 1936, S.96, 340

Von der unmittelbaren Begründung des Arbeitsverhältnisses durch Eintritt in die Betriebsgemeinschaft ist die Verpflichtung zur zukünftigen Begründung des Arbeitsverhältnisses zu unterscheiden. Bei dieser handelt es sich um einen arbeitsrechtlichen Vorvertrag, um eine arbeitsrechtliche Vorvereinbarung.[1] Da diese Vorvereinbarung die wechselseitige Verpflichtung zur künftigen Einstellung und zum zukünftigen Eintritt zum Inhalt hat, sah Siebert in ihr zunächst einen schuldrechtlichen Verpflichtungsvertrag, dessen Rechtsgrund in dem beiderseitigen Versprechen zu sehen ist.[2]
Später wurde der schuldrechtliche Charakter des Vorvertrages von Siebert verneint, weil dieser Vertrag bereits eine gewisse "Angliederung" des Arbeitnehmers an den Betrieb herbeiführe. Zudem bestehe bereits eine Treuepflicht, die sich allerdings noch nicht zu ihrer vollen Stärke entfaltet habe. Seiner Rechtsnatur nach ist der Vorvertrag daher eine arbeitsrechtliche Vereinbarung eigener Art, in der die personenrechtlichen Momente gegenüber den schuldrechtlichen überwiegen.[3]
Das Verhältnis zwischen der Arbeitsvereinbarung und dem Arbeitsverhältnis wurde dahingehend bestimmt, daß das durch die Vorvereinbarung geschaffene Verhältnis eine Vorstufe des Arbeitsverhältnisses ist, dazu bestimmt, sich im Arbeitsverhältnis zu vollenden und in ihm aufzugehen.[4] Daraus folgerte Siebert, daß das Vorarbeitsverhältnis weitgehend dem Recht des Arbeitsverhältnisses unterfallen müsse.[5]
Die zeitweilig vertretene Ansicht, zwischen dem fertigen Arbeitsverhältnis und der vorbereitenden Vereinbarung bestehe eine Wesenseinheit,[6] berichtigte Siebert später dahin, daß eine völlige Einheit zwischen der Arbeitsvereinbarung und dem Arbeitsverhältnis nicht bestehen könne.[7] Schließlich war er der

1) DAR 1937, S.309
2) DAR 1937, S.45
3) DAR 1937, S.309
4) DAR 1937, S.309
5) DAR 1937, S.309
6) ZAkDR 1936, S.94, 95
7) DAR 1937, S.309, 339

Auffassung, daß der arbeitsrechtliche Vorvertrag und das Arbeitsverhältnis in ihrem Wesen zu unterscheiden seien.[1] Ist die Begründung des Arbeitsverhältnisses ein sozialschöpferischer Vorgang und trägt das Arbeitsverhältnis dementsprechend seinen Rechtsgrund in sich, nicht im Vorvertrag, der durch das fertige Arbeitsverhältnis vielmehr abgelöst wird, so besteht zwischen dem arbeitsrechtlichen Vorvertrag und der Eingliederung nicht das Verhältnis von schuldrechtlichem Verpflichtungsvertrag und darauf beruhendem Verfügungsgeschäft. Das Arbeitsverhältnis ist kein Erfüllungsgeschäft des vorausgegangenen Vorvertrages.[2] Eine Vereinbarung über eine zukünftige Einstellung ist daher für die Begründung des Arbeitsverhältnisses nicht erforderlich.

Zusätzliches Gestaltungsmittel des Arbeitsverhältnisses ist die einzelne Arbeitsvereinbarung zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer, deren Funktion in der Festlegung von Arbeitsbedingungen besteht, die über die in den generellen Gestaltungsmitteln vorgeschriebenen Mindestbedingungen hinausgehen und den Arbeitnehmer günstiger stellen.

Als zusätzlich werden derartige Einzelvereinbarungen deshalb bezeichnet, weil sie die vorgesehene Ordnung des Betriebes lediglich modifizieren können. Sie sind nur rechtsgestaltender Bestandteil des Arbeitsverhältnisses, nicht dessen Grundlage und causa.[3]

Der Inhalt des Arbeitsverhältnisses wird dadurch bestimmt, daß die Grundsätze der Betriebsgemeinschaft, namentlich die Treue- und Fürsorgepflichten, auch Grundsätze des einzelnen Arbeitsverhältnisses sind. Betriebsgemeinschaft und Arbeitsverhältnis sind somit wesensgleich.[4] Auf der Treuepflicht als der "wahrhaft beherrschenden und gestaltenden Grundpflicht" beruhen alle Pflichten und Rechte der am Arbeitsverhältnis Beteiligten, insbesondere auch die Arbeitspflicht und der Lohnanspruch.[5] Wurde

1) DAR 1937, S.340
2) DAR 1937, S.45, 46, 339
3) DAR 1937, S.46, 48
4) DAR 1937, S.16, 17; ZAkDR 1936, S.94; JW 1937, S.1103
5) DAR 1937, S.46, 47; ZAkDR 1936, S.93; DAR 1935, S.484; Arbeitsverhältnis, S.71, 72, 100, 101, 102

das vormals als Einheit begriffene Arbeitsvertragsverhältnis von Siebert auch begrifflich in drei selbständige Rechtsvorgänge, nämlich in die arbeitsrechtliche Vereinbarung, das Arbeitsverhältnis und die zusätzlichen Vereinbarungen getrennt, und somit eine Dreigliederung vorgenommen, so sollen andererseits diese verschiedenen Stadien eine "natürlich ansteigende Entwicklung zum Arbeitsverhältnis hin" darstellen.[1] Damit soll dem Vorwurf, die Dreigliederung zerreiße einen einheitlichen Vorgang, begegnet werden.[2]
Infolge ihrer totalen Negierung der vorgegebenen Grundordnung des BGB, an deren Stelle die autonome Ordnung der Betriebsgemeinschaft trat, und infolge der einschneidenden Trennung des Arbeitsverhältnisses vom Arbeitsvertrag wurde die Lehre von Siebert in der Nachkriegszeit nicht mehr vertreten.

5. Die Eingliederungstheorie unter Zugrundelegung der älteren Lehre von Nikisch

Im Mittelpunkt der wissenschaftlichen Arbeiten von Arthur Nikisch steht von Anfang an die Erörterung der Grundlagen und Wurzeln des Arbeitsrechts, die Frage nach der spezifischen Eigenart des dem Arbeitsrecht zugrunde liegenden Lebenstatbestandes, die zur Ausbildung dieses umfassenden Sonderrechts geführt hat.
Schon frühzeitig gelang Nikisch ein tiefes Eindringen in das Wesen des Arbeitsverhältnisses und eine klare Abgrenzung des Arbeitsvertrages vom Dienstvertrag. Die damals gewonnenen Erkenntnisse waren noch für das späte Werk von maßgeblicher Bedeutung. Wenn auch die Lehre von Nikisch im Laufe der Zeit manchen entscheidenden Einschnitt und manche Modifikation erfahren hat, so beweist doch das konsequente Festhalten an den ursprünglich gefaßten Grundeinsichten, daß die neuere Lehre von Nikisch auf einer festgefügten und wohlgegründeten Dogmatik beruht.

1) Siebert, DAR 1937, S.46, 340
2) so Nipperdey, DAR 1937, S.144

Im Anschluß an Otto v. Gierke und Potthoff kennzeichnet Nikisch das Arbeitsverhältnis als eine Dauerbeziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, auf der erst die einzelnen Leistungspflichten beruhen. Primär ist der Arbeitsvertrag demnach auf die Schaffung eines Zustandes, nicht auf den Austausch von Leistungen gerichtet.[1] "Es sind nicht einzelne bestimmte Leistungen, die hier gegenseitig getauscht werden, sondern der Vertrag ist auf die Herstellung eines zuständlichen Verhältnisses gerichtet, das solange währt, wie die Vertragszeit läuft, und aus dem sich die einzelnen konkreten Rechte und Pflichten erst ergeben."[2] Das Wesen des Arbeitsvertrages besteht somit im Zurverfügungstellen der Arbeitskraft. "Der Arbeitnehmer schuldet nicht sowohl die Leistung als seine Arbeitskraft."[3]
Den Zustand des Bereitstehens der Arbeitskraft und damit das "Anstellungsverhältnis" im Erfüllungszustand bezeichnet Nikisch in einer späteren Veröffentlichung als Beschäftigungsverhältnis.

Es wird durch den "Antritt der Stellung" auf Seiten des Arbeitnehmers und durch die "Einstellung" durch den Arbeitgeber begründet. Das Beschäftigungsverhältnis endet, sobald dem Arbeitgeber die Arbeitskraft des Arbeitnehmers nicht mehr zur Verfügung steht. Wenn das Beschäftigungsverhältnis seiner Entstehung und seiner Beendigung nach auch ein tatsächliches Verhältnis ist, so ist es doch andererseits auch ein Rechtsverhältnis, nämlich das Arbeitsverhältnis im Zustand der Erfüllung.[4]

Da sich das Direktionsrecht nicht nur beim Arbeitsvertrag findet, bei diesem darüber hinaus fast völlig fehlen kann, ist es nicht geeignet, das Wesen des Arbeitsvertrages auszumachen.[5]

Das Arbeitsverhältnis ist nicht nur ein auf Dauer angelegtes Verhältnis, sondern gleichermaßen auch ein Herrschaftsverhältnis, da es "einen lebendigen Inhalt nur gewinnen kann, wenn dem einen Teil gewisse Herrenrechte verliehen sind, kraft derer er die ihm zur Verfügung stehende Arbeitskraft erst ausnutzen kann."[6] Der Arbeitsvertrag begründet ein "gegenwärtiges, un-

1) Grundformen, S.116
2) Grundformen, S.135
3) Grundformen, S.120, 121
4) Nikisch, IheringJ Bd.80, S.52 ff
5) Grundformen, S.119, 120, 123, 132
6) Grundformen, S.135, 116, 117, 121

mittelbar wirksames Herrschaftsverhältnis einer Person über die andere."[1] Dieses Herrschaftsverhältnis erfaßt für die Dauer seiner Gültigkeit die Person des Arbeitnehmers völlig.[2]

Als Korrelat zu dem Herrschaftsverhältnis tritt die persönliche Beziehung der Parteien in den Vordergrund.[3] Das Arbeitsverhältnis steht unter dem beherrschenden Leitgedanken einer eigenständigen Treuepflicht, die sich sowohl auf Seiten des Arbeitgebers wie auf Seiten des Arbeitnehmers nicht in den gesetzlich geregelten Fällen erschöpft.[4] und damit den Zustand gegenseitiger Verbundenheit zum Ausdruck bringt. Die Rechtsnatur des Arbeitsvertrages als eines obligatorischen Vertrages wird hierdurch aber nicht in Frage gestellt.[5]

Mit dem Erlaß des AOG, das in dem Betrieb die Verkörperung einer sichtbaren Gemeinschaft erblickt, erkennt Nikisch, daß die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers auf seinem Eintritt in die Betriebsgemeinschaft bzw. auf der Einordnung in eine übergeordnete Gemeinschaft beruht.[6] Zugleich werden weitgehende Rechtswirkungen wie die Geltung der materiellen Arbeitsbedingungen, die Ansprüche auf Treue und Fürsorge sowie auf den in einer Betriebs- oder Tarifordnung vorgesehenen Lohn, überhaupt alle Ansprüche auf Rechte und Pflichten, soweit diese den Betriebsangehörigen allgemein zugemessen sind, an die Betriebszugehörigkeit geknüpft.[7] Diese soll auf einer einverständlichen Einordnung, nicht auf einem Vertrag beruhen. Sie wird als ein tatsächlicher Vorgang angesehen.[8]

Unter dem Eindruck der Schriften von Siebert spricht Nikisch schließlich der Einordnung in ein Gemeinschaftsverhältnis die eigentliche rechtserhebliche Bedeutung zu. Seine Lehre von der Eingliederung in den Betrieb führt zu einer völligen Umstruk-

1) Grundformen, S.122, dto. S.154
2) Grundformen, S.122
3) Grundformen, S.137
4) Grundformen, S.131, 134, 136, 137
5) Grundformen, S.136, 190
6) JW 1935, S.1288, 1289
7) JW 1935, S.1920, 1921
8) Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, S.22 ff

turierung des Einzelarbeitsverhältnisses.
Erblickte Siebert das Wesen des Arbeitsverhältnisses in der Teilhabe an der Betriebsgemeinschaft, war die Vertragstheorie demgegenüber der Auffassung, daß das Arbeitsverhältnis auf einzelne wiederkehrende Leistungen gerichtet ist, so hält Nikisch an seiner ursprünglichen Ansicht fest, daß das Wesen des Arbeitsverhältnisses in dem fortgesetzten Bereitstehen der Arbeitskraft für einen anderen besteht.[1)]
Dadurch wird es möglich, das Arbeitsverhältnis in gleicher Weise wie die Betriebszugehörigkeit als einen Dauerzustand anzusehen, der auch in Zeiten der Arbeitsruhe fortbesteht, und Arbeitsverhältnis und Betriebszugehörigkeit einer Kongruenz zuzuführen.[2)] Die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers, die darin besteht, daß der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft zur Verfügung gestellt hat, äußert sich konkret in dem Unvermögen des Arbeitnehmers, über seine Arbeitskraft und Arbeitszeit frei verfügen zu können.[3)]
In gleicher Weise hält Nikisch an seiner Auffassung fest, daß der in einem Arbeitsverhältnis stehende Arbeitnehmer aufhört, "sein eigener Herr zu sein". Zur Begründung wird auf das Direktionsrecht des Arbeitgebers und auf den wechselnden im voraus nicht immer feststellbaren Arbeitsbedarf verwiesen.[4)] Im Vordergrund rechtlicher Betrachtung steht für Nikisch beim Eintritt in ein Arbeitsverhältnis nicht die zu erbringende Arbeitsleistung, sondern der durch den Eintritt geschaffene Zusammenschluß "mehrerer Personen zwecks gesteigerter Arbeitsleistung". "Das für die Bewertung und rechtliche Ordnung eines solchen Lebensverhältnisses Bestimmende ist nicht die Arbeitsleistung, die daraufhin erbracht wird, sondern die persönliche Verbindung der Beteiligten, aus der die Verpflichtung zur Arbeitsleistung erst hervorwächst."[5)] Damit ist das Arbeitsver-

1) Arbeitsvertrag, S.37, 38; Arbeitsverhältnis, S.32, 38; Festschrift für H.Lehmann, S.290
2) Arbeitsverhältnis, S.31
3) Arbeitsvertrag, S.37
4) Arbeitsvertrag, S.39; Arbeitsverhältnis, S.32, 33, 40, 41
5) Arbeitsvertrag, S.44

hältnis ein personenrechtliches Rechtsverhältnis;[1] seine Funktion besteht in der Bildung von "Arbeitsorganismen",[2] die auf dem arbeitsteiligen Zusammenwirken der im Betriebe Tätigen beruhen. "Hier werden Menschen zu einem Arbeitsverband vereinigt, und darin liegt die eigentliche Bedeutung des Vorganges, der die rechtliche Beurteilung gerecht zu werden hat."[3]
Damit knüpft Nikisch an die von Potthoff begründete Lehre vom Arbeitsverhältnis als einem sozialrechtlichen Organisationsverhältnis sowie an seine eigene vormalige Lehre an, wonach der Arbeitsvertrag primär auf die Schaffung eines Zustandes, nicht auf den Austausch von Leistungen gerichtet ist.
Mit Rücksicht auf die enge persönliche Verbundenheit zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, die durch die Einordnung des Arbeitnehmers in den Aufgabenbereich des Arbeitgebers geschaffen wird, sieht Nikisch in dem Arbeitsverhältnis ein Gemeinschaftsverhältnis.[4] Für ein Gemein-schaftsverhältnis spricht schließlich auch der Umstand, daß der Arbeitgeber sich mit dem Arbeitnehmer zu einer "höheren Einheit" verbindet, indem er über fremde Arbeitskräfte verfügt und dadurch sein eigenes Ich erweitert und seine Kräfte vervielfacht.[5]
Eine Rechtsgemeinschaft verbindet auch die Arbeitnehmer untereinander sowie mit dem Betriebsführer. Sie findet ihren sichtbaren Ausdruck in der Betriebsgemeinschaft.[6]
Das Arbeitsverhältnis als ein Gemeinschaftsverhältnis, als eine "sichtbare, nach außen in Erscheinung tretende Verbindung" kann nicht durch einen Vertrag begründet werden. Dieser vermag lediglich ein "vinculum iuris", eine nur gedachte Beziehung, nicht aber die engen persönlichen Bindungen zwischen den Beteiligten, die Voraussetzung für ein Gemeinschaftsverhältnis sind, zu schaffen.[7]
Diese engen Bindungen der in einem Arbeitsverband Tätigen, die

1) Arbeitsvertrag, S.41, 42, 44, 66
2) Arbeitsvertrag, S.45
3) Arbeitsvertrag, S.44
4) Arbeitsvertrag, S.49; Arbeitsverhältnis, S.53
5) Festschrift für H.Lehmann, S.291
6) Arbeitsvertrag, S.48
7) Arbeitsvertrag, S.48, 49, 71, 78

auch nach außen sichtbar in Erscheinung treten müssen, können vielmehr nur durch die Einstellung des Arbeitnehmers, durch seine Einordnung in den Lebensbereich des Arbeitgebers begründet werden.[1)]

Voraussetzung für die Einstellung und damit für Begründung und Beginn des Arbeitsverhältnisses ist, daß die Arbeitskraft des Arbeitnehmers dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und daß der Arbeitgeber oder sein Stellvertreter den Arbeitnehmer in den Arbeitsorganismus eingliedert.[2)] Die Arbeitskraft steht zur Verfügung des Arbeitgebers, sobald der Arbeitnehmer bereit und in der Lage ist, die Weisungen des Arbeitgebers zu befolgen.[3)] Eine Eingliederung des Arbeitnehmers liegt bereits vor, wenn der Arbeitgeber seinen Entschluß zum Ausdruck bringt, daß der Arbeitnehmer nunmehr dem Betrieb angehören soll. Der Aufnahme der tatsächlichen Arbeit bedarf es hierzu nicht.[4)] Mit der Einstellung des zur Aufnahme der Arbeit bereiten Arbeitnehmers tritt das Arbeitsverhältnis in Kraft.[5)]

Die Eingliederung kann nur im beiderseitigen Einverständnis vorgenommen werden.[6)] Im Unterschied zu Siebert spricht Nikisch aber der Einordnung jeglichen rechtsgeschäftlichen Charakter ab, da es sich bei ihr lediglich um eine Maßnahme der Arbeitsorganisation handelt und da die Bereitschaft des Arbeitnehmers zur Einordnung keine Willenserklärung darstellt.[7)] Die Einordnung ist somit nicht wie bei Siebert ein zusammengesetzter Tatbestand, sondern ein einheitlicher Akt.[8)]

Für den tatsächlichen Charakter der Einstellung spricht auch, daß die Vorschriften über Rechtsgeschäfte auf diese nicht anwendbar sind.[9)] So können die Vorschriften über die Geschäfts-

1) Arbeitsvertrag, S.70, 80, 101
2) Arbeitsvertrag, S.79, 66, 81; Arbeitsverhältnis, S.89, 90
3) Arbeitsverhältnis, S.90, 91
4) Arbeitsverhältnis, S.91
5) Arbeitsverhältnis, S.92
6) Arbeitsvertrag, S.82; Arbeitsverhältnis, S.90
7) Arbeitsvertrag, S.84
8) Arbeitsvertrag, S.84
9) Arbeitsverhältnis, S.93, 94

fähigkeit, die Anfechtung und Nichtigkeit auf die Einstellung nicht angewandt werden, da diese als ein tatsächlicher Vorgang nicht anfechtbar oder nichtig sein kann.[1] Die Einstellung kann auch nur mit sofortiger Wirkung, nicht unter einer echten Rechtsbedingung vorgenommen werden. Zudem ist eine Stellvertretung auf Seiten des Arbeitnehmers bei der Einstellung nicht zulässig.[2] Somit ist die Einstellung ein tatsächlicher Vorgang, der unmittelbar ein Lebensverhältnis begründet.

Durch den tatsächlichen Charakter der Einstellung, die ein vollgültiges Arbeitsverhältnis begründet, wird der Dualismus zwischen dem nur faktischen und dem vertraglichen Arbeitsverhältnis endgültig überwunden.[3]

Durch die Lehre von Nikisch wird der Arbeitsvertrag in seinem Wesen völlig umgestaltet. Seine Bedeutung erschöpft sich in der Vorbereitung und rechtlichen Ausgestaltung des zukünftigen Arbeitsverhältnisses.[4]

Durch den Arbeitsvertrag verpflichtet sich der Arbeitnehmer, in den Arbeitsverband des Arbeitgebers für eine bestimmte Zeit einzutreten und diesem seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen. Der Arbeitgeber übernimmt demgegenüber die Verpflichtung zur Einstellung.[5] Da der Arbeitsvertrag nicht unmittelbar eine Veränderung der tatsächlichen Lebensverhältnisse herbeizuführen vermag, sondern nur eine vertragliche Verpflichtung zur zukünftigen Begründung eines Arbeitsverhältnisses zum Inhalt hat, ist er seiner Rechtsnatur nach ein Schuldvertrag, auf den die allgemeinen Vorschriften über die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Willenserklärungen Anwendung finden.[6] Der Arbeitsvertrag kann auch nach Begründung des Arbeitsverhältnisses noch angefochten werden. Da das Arbeitsverhältnis auf der Einstellung und somit auf einem tatsächlichen Vorgang beruht, hat die Anfechtung nicht die rückwirkende Aufhebung des

1) Arbeitsvertrag, S.101; Arbeitsverhältnis, S.93
2) Arbeitsverhältnis, S.94
3) Arbeitsvertrag, S.86
4) Arbeitsvertrag, S.29, 49, 71, 78; Arbeitsverhältnis, S.95
5) Arbeitsvertrag, S.84, 92; Arbeitsverhältnis, S.95
6) Arbeitsvertrag, S.92; Arbeitsverhältnis, S.119

Arbeitsverhältnisses zur Folge. Lediglich die im Arbeitsvertrag übernommene Verpflichtung bis zur rechtmäßigen Lösung das Arbeitsverhältnis aufrechtzuerhalten, wird rückwirkend beseitigt.[1)]

Da das Arbeitsverhältnis nicht anfechtbar oder nichtig ist, muß es auch dann als gültig angesehen werden, wenn es von Rechts wegen an sich nicht hätte vollzogen werden dürfen oder wenn es auf eine vom Recht nicht gebilligte Weise zustande gekommen ist. Der Fehlerhaftigkeit wird nur dadurch Rechnung getragen, daß ein Recht zur fristlosen Kündigung gegeben wird.[2)]

Nichtig sind lediglich solche Arbeitsverhältnisse, die vom Recht nicht anerkennt werden wie unsittliche oder unehrenhaften Zwecken dienende Arbeitsverhältnisse.[3)] Im Gegensatz zum faktischen Arbeitsverhältnis der h.L. haben sie überhaupt keine Rechtswirkungen. Nikisch bezeichnet sie als Nichtarbeitsverhältnisse.[4)]

Der Inhalt eines Arbeitsverhältnisses ergibt sich nach Nikisch aus den allgemeinen für alle Arbeitsverhältnisse geltenden Grundsätzen sowie aus Wesen, Zweck und Eigenart des einzelnen jeweils in Betracht kommenden Arbeitsverhältnisses.[5)]

Weiteres Gestaltungsmittel eines Arbeitsverhältnisses sind die Vereinbarungen über einzelne Arbeitsbedingungen. Werden diese Vereinbarungen zugleich mit dem Arbeitsvertrag abgeschlossen, dann sollen sie sich mit dem Arbeitsvertrag zu einer "äußeren und inneren Einheit verbinden". "Diese Abmachungen bilden zusammen den Arbeitsvertrag."[6)]

Betont Nikisch somit die Einheitlichkeit von Arbeitsvertrag und besonderen Vereinbarungen, so sind letztere dennoch nicht als unselbständiger Bestandteil des Arbeitsvertrages anzusehen. Sie sind vielmehr rechtlich selbständig, was sich schon daraus ergeben soll, daß derartige Vereinbarungen auch noch nach Ab-

1) Arbeitsvertrag, S.97, 99
2) Arbeitsvertrag, S.103; Arbeitsverhältnis, S.139
3) Arbeitsvertrag, S.101, 103; Arbeitsverhältnis, S.125
4) Arbeitsvertrag, S.101, 103
5) Arbeitsvertrag, S.114, 115, 72
6) Arbeitsvertrag, S.115, 116

schluß des Arbeitsvertrages und sogar während des Bestandes des Arbeitsverhältnisses getroffen werden können. In diesen Fällen wird nicht der ursprüngliche Arbeitsvertrag abgeändert. Vielmehr wird lediglich die allgemeine Ordnung des Arbeitsverhältnisses ergänzt und konkretisiert.[1] Die zusätzlichen Arbeitsvereinbarungen sind danach Bestandteile des Arbeitsverhältnisses, aus dessen Wesen sie sich ableiten.
Eine begriffliche Dreigliederung des ursprünglich als Einheit angesehenen Arbeitsvertragsverhältnisses, die bereits Siebert vorgenommen hatte, ist somit auch für die Lehre von Nikisch charakteristisch.
Die vorstehend skizzierte ältere Eingliederungstheorie ist im wesentlichen daran gescheitert, daß sie die Ausnahmefälle des fehlerhaften und nichtigen Arbeitsverhältnisses zum Ausgangs- und Anknüpfungspunkt einer allgemeinen dogmatischen Aussage machen wollte.

6. Grundzüge der Eingliederungstheorie nach dem Außerkrafttreten des AOG

Mit dem Außerkrafttreten des AOG durch das Kontrollratsgesetz Nr.40 vom 30.11.1946 mußte auch die Betriebsgemeinschaft, die zuvor durch das AOG in den Mittelpunkt des Arbeitslebens gerückt worden war, ihre zentrale Bedeutung verlieren. Die Eingliederungstheorie sah sich demzufolge, wollte sie ihr System nicht preisgeben, das bislang auf der Betriebsgemeinschaft beruhte, gezwungen, ein neues Gestaltungsprinzip von gleicher Bedeutung an die Stelle der Betriebsgemeinschaft zu setzen.
An die Stelle der Betriebsgemeinschaft trat als tragendes Prinzip der Betrieb bzw. die vom Arbeitgeber geschaffene Arbeitsorganisation.[2] Die Bedeutung des Betriebes für das Arbeitsleben und für das einzelne Arbeitsverhältnis erblickt die Eingliederungstheorie darin, daß sich ökonomische und sonstige Erfolge i.d.R. nur dann erreichen lassen, wenn die dazu erforder-

1) Arbeitsvertrag, S.73

2) vgl. Nikisch, RdA 1960, S.2, 4; Maus, Arbeitsverhältnis, S.24, 25, 26, 72; ders., Handbuch, Teil I, S.8, 9, 10, 16, Teil II, S.13

lichen Hilfskräfte in den Betrieb bzw. den privaten Lebensbereich des Arbeitgebers eintreten und sich der dort bestehenden Ordnung unterwerfen. Erst nach Eintritt in den Betrieb oder den privaten Lebensbereich des Arbeitgebers kann das Arbeitsverhältnis seinen vollen Inhalt entfalten, indem erst jetzt die Ordnung des Betriebes und die Treuepflicht für den Arbeitnehmer gelten, er erst jetzt der Fürsorge sowie des Schutzes vor betrieblichen Gefahren teilhaftig wird und indem ihm erst jetzt die Rechte aus dem Betriebsverfassungsgesetz zustehen.[1)]
Die Eingliederungstheorie konnte somit durch ein weitgehendes Zurückdrängen der gemeinschaftsrechtlichen Elemente - der Betriebsgemeinschaft wird nunmehr lediglich die Bedeutung einer Rechtsgemeinschaft beigelegt - und durch eine Betonung der Maßgeblichkeit des Betriebes ihr dogmatisches Grundkonzept beibehalten. In den zwischen ihr und der Vertragstheorie umstrittenen Fragen, insbesondere in der Frage, ob das Arbeitsverhältnis ausschließlich durch den Arbeitsvertrag begründet wird oder ob es hierzu der Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb als einer hinreichenden und andererseits auch notwendigen Tatbestandsvoraussetzung bedarf, sah sie sich daher nicht genötigt, eine veränderte Haltung einzunehmen.[2) 3)]

1) vgl. Nikisch, Arbeitsrecht I, 2.A., S.146 ff; ders., RdA 1960, S.2, 4; Maus, Handbuch, Teil I, S.16, 17

2) Nikisch, RdA 1953, S.82

3) Eine der Eingliederungstheorie verwandte Auffassung vertritt Maus, der für die Begründung des Arbeitsverhältnisses ein zweistufiges Rechtsgeschäft für erforderlich hält: Das Verpflichtungsgeschäft, der "Arbeitsvertrag", wird als ein gemeinschaftsbegründender Vertrag angesehen. Das Erfüllungsgeschäft, die Eingliederung in den Betrieb, beruht ebenfalls auf einer Willenseinigung der am Arbeitsverhältnis Beteiligten. Der Arbeitsvertrag begründet lediglich die Verpflichtung, das Arbeitsverhältnis einzugehen und es abredegemäß durchzuführen. Auch wenn dem Arbeitsverhältnis kein Arbeitsvertrag zugrunde liegt oder dieser später fortfällt, vollzieht sich die Zusammenarbeit "im Rahmen einer rechtlich wirksamen Ordnung." Denn nach Ansicht von Maus ist die immanente Ordnung des Arbeitsverhältnisses die eigentliche Grundlage für die aus dem Arbeitsverhältnis resultierenden Ansprüche, vgl. hierzu Maus, Arbeitsverhältnis, S.138 ff.
Eine zwischen der Eingliederungs- und der Vertragstheorie vermittelnde Auffassung vertritt Hessel, AR-Blattei "Arbeitsvertrag - Arbeitsverhältnis VI" unter B II. Hessel geht davon aus, daß das Arbeitsverhältnis ein gemischtes rechts- und sozialökonomisches Verhältnis ist, so daß weder der Arbeitsver-

7. Die Lehre Sieberts von den sozialschöpferischen Verträgen

Einen grundlegenden Wandel hat die ursprüngliche Lehre von Siebert durch eine "Abschwächung der Bedeutung des Faktischen" erfahren.
Siebert geht nunmehr davon aus, daß das Arbeitsverhältnis von dem Arbeitsvertrag nicht derart einschneidend getrennt werden kann, wie dies die Eingliederungstheorie vormals getan hat. Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis bilden ein im Grunde einheitliches Rechtsverhältnis, was darin zum Ausdruck kommt, daß "der Arbeitsvertrag in dem Arbeitsverhältnis und durch das Arbeitsverhältnis in seinem Bestande gefestigt und in seinem Inhalt zu einer Rechtsstellung der Beteiligten entwickelt und ausgeweitet wird, die über die Wirkungsmöglichkeit des Arbeitsvertrages weit hinausgeht, aber die vertragliche Wurzel nicht verliert."[1] Diese Rechtsstellung des Arbeitnehmers ist als eine Folge der Einordnung und der im Betriebe wirksam werdenden verschiedenen Gestaltungskräfte anzusehen.[2]
Wie die ältere Eingliederungstheorie so anerkennt auch Siebert eine Entwicklung vom Arbeitsvertrag zum Arbeitsverhältnis. Daher besteht seiner Ansicht nach in den grundlegenden Bestrebungen kein eigentlicher Widerspruch zwischen der Lehre von Nikisch und seinen eigenen Anschauungen.
Gegenüber der Vertragstheorie erscheint es Siebert zutreffender, den Eintritt in den Betrieb bei der rechtlichen Wertung stärker zu betonen.[3]
Demgemäß ist zwischen der Begründung des Arbeitsverhältnisses und der Begründung des Arbeitsvertragsverhältnisses zu unterscheiden. Der Arbeitsvertrag, durch den die Einzelbeziehung Arbeitgeber - Arbeitnehmer begründet wird, ist nach Ansicht

trag noch die Eingliederung allein das Arbeitsverhältnis zu begründen vermögen. Dies kann vielmehr nur durch die "auf einem Rechtsgrund beruhende Einstellung in einen Betrieb entstehen."

1) Faktische Vertragsverhältnisse, S.77; ders., RdA 1958, S.368
2) RdA 1956, S.17
3) HdSws., Bd.I, S.390

von Siebert ein personenrechtlicher Zusammenschluß, mithin ein personenrechtlicher Vertrag. Er ist auf die Begründung des Arbeitsverhältnisses gerichtet.[1)]

Dem Arbeitsvertragsverhältnis, das noch völlig auf dem Arbeitsvertrag beruht, kommt hinsichtlich der inhaltlichen Gestaltung des Arbeitsverhältnisses nur noch eine mitgestaltende Funktion zu.[2)] Praktisch äußert sich das darin, daß jeder in einem rechtswirksamen Arbeitsverhältnis stehende Arbeitnehmer ohne Rücksicht auf tarif- oder einzelvertragliche Vereinbarungen einen Anspruch auf angemessenen Lohn hat. Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung und Einzelvertrag können die materiellen Arbeitsbedingungen nur näher ausgestalten, nicht aber begründen.[3)]

In der zum Eintritt in ein Arbeitsverhältnis erforderlichen Willensübereinstimmung erblickt Siebert ebenfalls ein Rechtsgeschäft, das wiederum als ein personenrechtlicher Vertrag anzusehen ist.[4)] Das Verhältnis von Arbeitsvertrag und Eintritt in den Betrieb bestimmt Siebert dahin, daß "die individualrechtliche Begründung des Arbeitsverhältnisses und der kollektivrechtliche Eintritt in den Betrieb durch den Begriff des personenrechtlichen Vertrages (Zusammenschlusses) zu einer Einheit verbunden werden."[5)] Offensichtlich ist hiermit aber keine Identität beider Verträge gemeint, sondern eine kraft der gleichen Rechtsnatur bestehende Wesensgleichheit.

Im übrigen läßt Siebert offen, ob das Arbeitsverhältnis auch durch die bloße tatsächliche Eingliederung zustandekommen kann. Hierzu bemerkt er lediglich, daß dies vielleicht möglich sei.[6)]

Zum Inhalt des Arbeitsverhältnisses rechnet Siebert neben der individualrechtlichen Beziehung Arbeitgeber - Arbeitnehmer auch die arbeitsverfassungsmäßige Rechtsstellung des Arbeit-

1) HdSws., Bd.I, S.390
2) HdSws., S.377, 390; ders., RdA 1958, S.370
3) RdA 1958, S.370
4) HdSws., S.390
5) HdSws., S.390
6) HdSws., S.377; vgl. auch Faktische Vertragsverhältnisse, S.77, Fußn.240, S.78

nehmers. "Der Arbeitsvertrag wird in seinem Inhalt zu einer Rechtsstellung der Beteiligten entwickelt und ausgeweitet, die über die Wirkungsmöglichkeit des Arbeitsvertrages weit hinausgeht."[1)]

Erhebliche Schwierigkeiten bei der Anwendung der Lehre von Siebert in der Praxis resultieren daraus, daß eine eigenständige Dogmatik des Personenrechts noch nicht entwickelt werden konnte. Das Verhältnis der Vorschriften des BGB über die Rechtsgeschäfte und schuldrechtlichen Verträge zu den sozialschöpferischen Verträgen im Sinne der Lehre von Siebert ist nicht geklärt. Die Lehre von Siebert kann daher der Praxis keine zuverlässigen Maßstäbe zur Hand geben, nach denen sie sich ausrichten könnte.

8. Die Eingliederungstheorie im Sinne der neueren Lehre von Nikisch

Auch Nikisch hat seine ursprüngliche Lehrmeinung durch eine Aufgabe der scharfen Trennung von Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis wesentlich abgeschwächt und modifiziert.

War Nikisch ursprünglich der Auffassung, daß das Arbeitsverhältnis erst mit dem Eintritt des Arbeitnehmers in den Betrieb beginnt und daß dementsprechend das arbeitsvertragliche Schuldverhältnis von dem Arbeitsverhältnis zu unterscheiden ist, so hält er es nun für richtiger, das Arbeitsverhältnis bereits mit dem Inkrafttreten des Arbeitsvertrages beginnen zu lassen, um "ein im Grunde doch einheitliches Rechtsverhältnis" nicht auseinanderzureißen. Das im Erfüllungszustand bestehende Gemeinschaftsverhältnis sieht Nikisch nur als eine spätere Phase des mit dem Inkrafttreten des Arbeitsvertrages beginnenden Arbeitsverhältnisses an.[2)]

Das Arbeitsverhältnis wird somit durch den Arbeitsvertrag begründet. Ist der Arbeitsvertrag aufschiebend befristet, so

1) Faktische Vertragsverhältnisse, S.77; HdSws., S.377; RdA 1958, S.368; ähnlich Potthoff, Arbeitsrecht 1922, Sp.371, 374; Nikisch, RdA 1953, S.82, 83

2) Arbeitsrecht I, 2.A., S.144 ff; 3.A., Vorwort VII, S.168; RdA 1960, S.4

tritt das Arbeitsverhältnis mit dem vereinbarten Anfangstermin in Kraft, ansonsten beginnt es mit dem Vertragsschluß.[1)]
Ausnahm-sweise kann das Arbeitsverhältnis trotz eines nichtigen oder angefochtenen Arbeitsvertrages durch die bloße Eingliederung des Arbeitnehmers in den Herrschaftsbereich des Arbeitgebers begründet werden. Die Wirkungen des Arbeitsverhältnisses als Dauerschuldverhältnis müssen auch dann eintreten, wenn der Dauerzustand des Arbeitsverhältnisses herbeigeführt worden ist, ohne daß hierzu eine rechtliche Verpflichtung bestand. Denn die das Arbeitsverhältnis im Erfüllungszustand prägende enge persönliche Verbindung der Parteien ist nicht weniger stark ausgebildet, wenn der Arbeitnehmer auf Grund eines nichtigen oder angefochtenen Arbeitsvertrages in den Herrschaftsbereich des Arbeitgebers aufgenommen worden ist. Wird er dementsprechend beschäftigt, so müssen ihm, will man den Realitäten entsprechen, die gleichen Rechte und Pflichten zustehen wie einem rechtsgültig angestellten Arbeitnehmer. Da ein derartiges Arbeitsverhältnis auf der Eingliederung des Arbeitnehmers in den Herrschaftsbereich des Arbeitgebers beruht und dementsprechend eine vertragliche Bindung hinsichtlich der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht besteht, kann es jederzeit einseitig gelöst werden.[2)]

Der Arbeitsvertrag ist als eine Unterart des Dienstvertrages ein schuldrechtlicher Vertrag, und zwar ein gegenseitiger Vertrag, auf den die einzelnen Vorschriften des Allgemeinen Teils des BGB und des allgemeinen Schuldrechts uneingeschränkt anzuwenden sind, sofern sie nicht auf rein vermögensrechtliche Austauschgeschäfte zugeschnitten sind.
Durch den Arbeitsvertrag verpflichtet sich der Arbeitnehmer, in den Dienst des Arbeitgebers zu treten, der Arbeitgeber übernimmt die Verpflichtung, ihn hierfür zu entlohnen.[3)] Der Zweck des Arbeitsverhältnisses besteht darin, daß der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt. Sache des Arbeitgebers ist es, von der zur Verfügung gestellten Arbeitskraft Gebrauch zu machen.[4)] Damit hält Nikisch an seiner

1) Arbeitsrecht I, 3.A., S.166
2) vgl. zum faktischen Arbeitsverhältnis Arbeitsrecht I.,3.A., S.168, 174, 175; RdA 1960, S.4; Festschrift für Molitor, S.102, 103, 104
3) Arbeitsrecht I, 3.A., S.161, 162
4) Arbeitsrecht I, 3.A., S.325

ursprünglichen Auffassung weiter fest, daß der Arbeitnehmer sich im Arbeitsvertrag nicht zu regelmäßig wiederkehrenden einzelnen Arbeitsleistungen verpflichtet, da eine derartige Verpflichtung nicht dem Wesen des Arbeitsvertrages entsprechen würde und einer eindeutigen Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffes nur im Wege stände.[1)]

Die primäre Verpflichtung des Arbeitnehmers, die Dienstpflicht, ist auf den Eintritt des Arbeitnehmers in den Herrschaftsbereich des Arbeitgebers unter Verzicht auf seine Selbständigkeit sowie auf die Aufrechterhaltung dieses Zustandes bis zum Ablauf der Vertragszeit gerichtet.[2)]

Das Arbeitsverhältnis ist daher ein Dauerschuldverhältnis, das die Schaffung und Aufrechterhaltung eines Zustandes zum Inhalt hat.[3)] Bei betrieblichen Arbeitsverhältnissen besteht dieser Zustand in der Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers.

Die Bedeutung der Einordnung erschöpft sich nicht darin, die Abhängigkeit des Arbeitnehmers zu begründen. Die Eingliederung gewährt dem Arbeitnehmer als Korrelat für den Verlust der Selbständigkeit "Sicherheit und gewisse Geborgenheit". Es hieße den Sachverhalt daher einseitig betrachten, wollte man nur die aus jeder Gliedstellung sich ergebende Abhängigkeit hervorkehren.[4)] Die Aufnahme des Arbeitnehmers in den Lebens- und Arbeitsbereich des Arbeitgebers erzeugt zugleich die enge persönliche Verbundenheit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die das Arbeitsverhältnis grundlegend von den anderen Schuldverhältnissen, insbesondere vom freien Dienstvertrag unterscheidet und die ihm den Charakter eines Gemeinschaftsverhältnisses verleiht.[5)]

Die gemeinschaftsrechtliche Konzeption von Nikisch äußert sich insbesondere auch darin, daß der Treuepflicht eine grundlegende Bedeutung zugemessen wird. Sie wird als eine personenrechtliche, die gesamten Beziehungen der Parteien gestaltende Grundpflicht angesehen, die sowohl den Raum ausfüllt, den die konkreten Ge-

1) Arbeitsrecht I, 3.A., S.160; Festschrift für Molitor, S.97, 98

2) Arbeitsrecht I, 3.A., S.7, 8, 49, 160, 164, 193, 270; RdA 1960, S.2, 3; Festschrift für Molitor, S.98, 99

3) Arbeitsrecht I, 3.A., S.165; RdA 1960, S.3

4) RdA 1960, S.2

5) RdA 1960, S.2

staltungsmittel nicht erfassen und die darüber hinaus die gesetzlichen, kollektiven und vertraglichen Bestimmungen den besonderen Verhältnisses des Einzelfalles anpaßt.[1]
Der Inhalt des Arbeitsvertrages erschöpft sich i.d.R. darin, die allgemeine Art der Arbeit bzw. die Stellung des Arbeitnehmers festzulegen. Einer näheren Übereinkunft über die wesentlichen Arbeitsbedingungen bedarf es i.d.R. schon deshalb nicht, weil das Arbeitsverhältnis bereits durch kollektivrechtliche Normen hinreichend gestaltet wird.[2] Soll das Arbeitsverhältnis aber darüber hinaus durch den Arbeitsvertrag gestaltet werden, so ist der das Arbeitsverhältnis begründende Teil von dem gestaltenden Teil zu trennen, da ein innerer Zusammenhang zwischen beiden nicht besteht.[3]
Mit der Einordnung des Arbeitnehmers in den Herrschaftsbereich des Arbeitgebers tritt das Arbeitsverhältnis in den Erfüllungszustand, der bis zum Ausscheiden des Arbeitnehmers andauert.[4]
Der Einordnung kommt somit, da sie den Erfüllungszustand des Arbeitsverhältnisses begründet und da sie zugleich die Grundlage für alle die Rechtsfolgen bildet, die an das Arbeitsverhältnis im Erfüllungszustand anknüpfen, eine selbständige rechtliche Bedeutung zu.[5]
Erst im Erfüllungszustand treten die Arbeitspflicht sowie die Treue- und Fürsorgepflicht, die beide Erscheinungsformen der umfassenden Dienstpflicht sind,[6] hervor, erst mit der Einordnung beginnt die Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers, erst jetzt ist er der Ordnung des Betriebes unterworfen und kann er die ihm nach dem Betriebsverfassungsgesetz zustehenden Rechte wahrnehmen.[7] Erst die Aufnahme des Arbeitnehmers in den Herr-

1) Arbeitsrecht I, 3.A., S.445 ff, 470 ff
2) Arbeitsrecht I, 3.A., S.160
3) Arbeitsrecht I, 3.A., S.220, 221; damit hält Nikisch an seiner ursprünglichen Auffassung von der rechtlichen Selbständigkeit der zusätzlichen Arbeitsbedingungen fest.
4) Arbeitsrecht I, 3.A., S.193; RdA 1960, S.3
5) Arbeitsrecht I, 3.A., S.165, 193, 194
6) Arbeitsrecht I, 3.A., S.270
7) Arbeitsrecht I, 3.A., S.167, 168, 270; RdA 1960, S.4

schaftsbereich des Arbeitgebers läßt die engen persönlichen Bindungen zwisch en Arbeitgeber und Arbeitnehmer entstehen, die dem Arbeitsverhältnis den Charakter eines Gemeinschaftsverhältnisses verleihen. Dementsprechend wurzeln die Gemeinschaftspflichten der Treue und Fürsorge in der Zugehörigkeit des Arbeitnehmers zum Herrschaftsbereich des Arbeitgebers.[1)]
Die Eigenständigkeit der Einordnung kommt auch darin zum Ausdruck, daß sie nicht mit dem Abschluß des Arbeitsvertrages oder der Aufnahme der Arbeit identisch ist, wenn sie auch häufig mit beiden zeitlich zusammenfallen wird.[2)]
Die Einstellung (Einordnung) ist somit ein selbständiger Vorgang von tatsächlicher und rechtlicher Bedeutung.
Sie kann zwar nur im beiderseitigen Einverständnis von Arbeitnehmer und Arbeitgeber vorgenommen werden. In Übereinstimmung mit seiner früheren Auffassung ist Nikisch aber der Ansicht, daß diese Willensübereinstimmung nicht rechtsgeschäftlicher Natur ist, da sie nicht auf den Eintritt von Rechtsfolgen, sondern auf die Herstellung eines tatsächlichen Zustandes gerichtet ist, auch wenn das Gesetz an diesen Zustand Rechtsfolgen knüpft.[3)] Die Einstellung ist in gleicher Weise ein tatsächlicher Vorgang wie die Aufnahme des Gastes zur Beherbergung und wie die Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft, an die ebenfalls Rechtsfolgen geknüpft sind und bei denen es sich ebenfalls lediglich um tatsächliche, nicht rechtsgeschäftliche Vorgänge handelt, auch wenn sie auf einer Willensübereinstimmung beruhen.[4)]
Geben die Parteien zu erkennen, daß sie den Arbeitnehmer als zum Betriebe zugehörig ansehen, so kann die Betriebszugehörigkeit auch trotz einer vorübergehenden Krankheit oder Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers im für den Arbeitsantritt vorgesehenen Zeitpunkt beginnen.[5)] Das Arbeitsverhältnis tritt daher bereits mit dem vereinbarten Anfangstermin in den Erfüllungszustand, ohne daß es hierzu der tatsächlichen Aufnahme der Arbeit

1) Arbeitsrecht I, 3.A., S.162, 163, 193, 270
2) Arbeitsrecht I, 3.A., S.193, 194
3) Arbeitsrecht I, 3.A., S.195; RdA 1960, S.4, 5
4) Arbeitsrecht I, 3.A., S.93, 195
5) Arbeitsrecht I, 3.A., S.197

bedarf.[1] Von der Dienstpflicht ist die in ihr bereits enthaltene Arbeitspflicht zu unterscheiden. Sie verpflichtet den Arbeitnehmer, die jeweils zu verrichtenden Arbeiten zu leisten.[2] Der Annahme einer besonderen Gehorsamspflicht des Arbeitnehmers bedarf es nicht, da die Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers bereits immanenter Bestandteil der Einordnung in den Herrschaftsbereich des Arbeitgebers ist.[3]
Weiteres Gestaltungsmittel des Arbeitsverhältnisses neben Gesetz, Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung und Arbeitsvertrag ist das Direktionsrecht des Arbeitgebers.[4] Es erstreckt sich auf Ordnung und Organisation des Betriebes und legt dementsprechend auch die näheren Einzelheiten der vom Arbeitnehmer zu erbringenden Arbeitsleistung wie den Einsatz der Arbeitskraft, die Art der Arbeitsausführung, Dauer und Lage der Arbeitszeit sowie den Arbeitsort fest.[5] Dem Arbeitgeber steht aber kein unumschränktes Direktionsrecht zu. Nur innerhalb der kraft Gesetzes, Tarif- und Einzelvertrag sowie Betriebsvereinbarung bestehenden Grenzen kann er die Arbeitskraft des Arbeitnehmers verwerten.[6]

Wenn Nikisch die Ansicht äußert, daß der Arbeitnehmer durch die Einordnung seine Selbständigkeit verliert, nicht mehr "sein eigener Herr" ist und dem Arbeitgeber seine volle Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen hat,[7] so soll damit klargestellt werden, daß der Arbeitnehmer die Anordnungen des Arbeitgebers im Hinblick auf Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung zu befolgen hat und daß sich somit der Tatbestand der Arbeit in fremdem Dienste grundlegend von der Verpflichtung des Selbständigen zur Arbeitsleistung unterscheidet.[8] Nicht gemeint ist damit, daß die Arbeitskraft bis zum letzten oder gar mißbräuchlich ausgenutzt werden dürfte.[9]

1) Arbeitsrecht I, 3.A., S.197
2) Arbeitsrecht I, 3.A., S.283
3) Arbeitsrecht I, 3.A., S.283
4) Arbeitsrecht I, 3.A., S.255
5) Arbeitsrecht I, 3.A., S.170-172, 255, 288, 293, 294, 298
6) Arbeitsrecht I, 3.A., S.256, 288
7) Arbeitsrecht I, 3.A., S.171; RdA 160, S.2
8) Arbeitsrecht I, 3.A., S.273
9) Arbeitsrecht I, 3.A., S.172

Der Arbeitsvertrag unterliegt den allgemeinen Regeln des BGB über die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Willenserklärungen.[1] Aus der Annahme, daß das Arbeitsverhältnis ausnahmsweise durch die bloße Eingliederung begründet werden kann, folgt aber, daß das Arbeitsverhältnis selbst grundsätzlich nicht nichtig sein noch durch eine Anfechtung rückwirkend beseitigt werden kann. Denn im Falle eines nichtigen oder angefochtenen Vertrages beruht es auf der Eingliederung, mithin auf einem tatsächlichen Vorgang.[2] Durch die Aufgabe der einschneidenden Zäsur zwischen Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis hat Nikisch seine Lehre der Vertragstheorie stark angenähert, ohne aber seine von der Vertragstheorie abweichenden grundlegenden Einsichten vom Wesen des Arbeitsverhältnisses aufzugeben.

3. Kapitel: Stellungnahme zur Vertrags- und Eingliederungstheorie

1. Stellungnahme zur Lehre vom personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis

Bedenken gegen die in der Literatur vertretenen Lehren vom Wesen des Arbeitsverhältnisses bestehen insoweit, als das Arbeitsverhältnis dogmatisch den Gemeinschaftsverhältnissen zugeordnet wird.
Nach h.A. soll die Annahme eines personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses allerdings nicht eine Gleichheit der Interessen, geschweige denn eine Gesinnungsgemeinschaft und eine innere Verbundenheit von Arbeitgeber und Arbeitnehmer zum Ausdruck bringen. Vielmehr soll es sich beim Arbeitsverhältnis nur um eine Gemeinschaft im Rechtssinn handeln, die für die Beteiligten die Pflicht zu einem gemeinschaftsmäßigen Verhalten mit sich bringt.[3]

1) Arbeitsrecht I, 3.A., S.222
2) Arbeitsrecht I, 3.A. S.215 ff
3) Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, 7.A., S.131; Nikisch, Arbeitsrecht I, 3.A., S.32, 161

Dazu im Widerspruch steht aber, daß Nikisch der inneren Verbundenheit der Beteiligten eine wesentliche rechtliche Bedeutung zumißt.
So wird bei der Abgrenzung des Gemeinschaftsbegriffes von den Tatbeständen der Interessengemeinschaft und der Gesamtschuld für das eigentliche Gemeinschaftsverhältnis eine persönliche Verbundenheit der Beteiligten verlangt.[1)]
Auch die Gleichstellung der persönlichen Beziehungen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer in überschaubaren Betrieben mit der Betriebsverbundenheit in größeren Betrieben[2)] geht offenbar ebenfalls davon aus, daß dem Arbeitsverhältnis i.d.R. eine innere Verbundenheit zu eigen ist, die sich in den Bindungen zum Arbeitgeber oder zum Betrieb manifestiert.[3)]
Im Zusammenhang mit der Erweiterung des Eingliederungsbegriffes auf den Lebensbereich des Arbeitgebers führt Nikisch aus, erst diese Aufnahme berechtige dazu, die persönliche Verbundenheit der Beteiligten als das Wesensmerkmal des Arbeitsverhältnisses anzuerkennen.[4)]
Fraglich ist aber schon, ab an die Stelle der persönlichen Verbundenheit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer in überschaubaren Betrieben, in größeren Betrieben und in Betrieben, deren Inhaber eine juristische Person ist, die Betriebsverbundenheit treten kann, da dem Betrieb innerhalb des Einzelarbeitsverhältnisses keine rechtliche Bedeutung zukommt. Da er nicht Beteiligter am Arbeitsverhältnis ist, auch keine Rechtssubjektivität besitzt, kann er auch nicht als Träger enger persönlicher Beziehungen zu dem Arbeitnehmer in Betracht kommen.
Eine Delegation der Fürsorgepflichten auf eine Anzahl von Personen mit Arbeitgeberfunktionen,[5)] die selbst Arbeitnehmer sind, widerspricht aber der These von der persönlichen Verbundenheit von Arbeitgeber und Arbeitnehmer.
Darüber hinaus läßt sich weder eine persönliche Verbundenheit

1) Nikisch, Arbeitsrecht I, 3.A., S.32
2) Nikisch, Arbeitsrecht I, 3.A., S.169
3) zu den Konsequenzen dieser Gleichstellung vgl. Mayer-Maly, RdA 1960, S.49
4) Nikisch, Arbeitsrecht I, 3.A., S.46, 49
5) Nikisch, Arbeitsrecht I, 3.A., S.169

noch eine Betriebsverbundenheit bei dem mittelbaren Arbeitsverhältnis noch bei dem Arbeitsverhältnis im Rahmen eines Gesamthafenbetriebes nachweisen, da diese Rechtsverhältnisse nur mit Hilfe des funktionellen Arbeitgeberbegriffes zu erfassen sind, dieser aber nicht Träger persönlicher Beziehungen zu dem Arbeitnehmer sein kann.[1] Auch wird sich bei den Arbeitsverhältnissen im Rahmen eines Gesamthafenbetriebes infolge der regelmäßig nur kurzfristigen Beschäftigung in den Einzelbetrieben keine Betriebsverbundenheit entwickeln können.

Auch die Ausgestaltung, die das Recht der leitenden Angestellten erfahren hat, spricht gegen die Annahme vom gemeinschaftsrechtlichen Charakter des Arbeitsverhältnisses.[2] Trotz einer besonders engen persönlichen Nähe zu dem Arbeitgeber wird doch der leitende Angestellte von vielen Vorschriften des Arbeitsrechts nicht erfaßt.[3] Die persönliche Verbundenheit kann somit nicht als das Wesensmerkmal des Arbeitsverhältnisses angesehen werden.[4] Aus der persönlichen Verbundenheit kann somit auch nicht auf das Vorliegen einer personenrechtlichen Gemeinschaft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer geschlossen werden.

Ein das Gemeinschaftsverhältnis begründender Kristallisationskern kann in Anbetracht der erheblichen sozialen Gegensätze zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer auch nicht in dem gemeinsamen Interesse an der Aufrechterhaltung bzw. Steigerung der Produktion gesehen werden.

Die erhöhte Intensität der Treue- und Fürsorgepflichten und der im Arbeitsverhältnis auftretenden Schutzpflichten vermag ebenfalls nicht den personenrechtlichen Gemeinschaftscharakter des Arbeitsverhältnisses zu begründen. Denn die erhöhte Intensität dieser Pflichten ist eine Folge der rechtlichen Natur des

1) Farthmann, RdA 1960, S.7; Ramm, Anfechtung, S.21

2) Farthmann, RdA 1960, S.7

3) vgl. zur Ausgestaltung, die das Recht der leitenden Angestellten gefunden hat, Gamillscheg, Arbeitsrecht, Nr.45

4) a.A. als Nikisch ist auch Wiedemann, Arbeitsverhältnis, S.29

Arbeitsverhältnisses als Dauerschuldverhältnis.[1)]
Auch der Umstand, daß die Person des Arbeitnehmers durch das Arbeitsverhältnis in ganz besonderem Maße erfaßt wird, vermag die Annahme einer personenrechtlichen Gemeinschaft nicht zu rechtfertigen.[2)] Zutreffend stellt Wiedemann fest, daß zwischen dem arbeitsrechtlichen Schutzprinzip und dem Gemeinschaftsdenken kein Zusammenhang besteht. "Gemeinschaft erfordert erhöhte Rücksicht, jedoch gegenseitige Rücksicht." Der dem Arbeitnehmer zu gewährende Schutz ist somit "nicht dem Gemeinschaftsverhältnis, sondern der unselbständigen Arbeit immanent."[3)]
Die Lehre vom personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis, die der Treue- und Fürsorgepflicht grundlegende Bedeutung zumißt, verkennt schließlich auf Grund des ihr eigenen dogmatischen Ausgangspunktes das rechtliche Beziehungsverhältnis der zusätzlichen betrieblichen Leistungen zu der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers. Da sie dazu tendiert, die aus den Beziehungen der Parteien sich ergebenden Ansprüche als Erscheinungsform der umfassenden Treue- und Fürsorgepflicht anzusehen, leitet sie auch die zusätzlichen betrieblichen Leistungen aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ab.[4)] In der Praxis kann dies zu einer

1) Söllner, ArbuR 1971, S.244; vgl. auch Löwisch u.Rödig, RdA 1970, S.55, 56, die der These vom "gemeinschaftsrechtlichen Einschlag" des Arbeitsverhältnisses vorhalten, daß sich eine gegenüber dem reinen Austauschvertrag erhöhte beiderseitige Treuepflicht auch bei Interessenwahrungsverträgen wie dem Handelsvertretervertrag finden, woraus sich Parallelen für eine ganze Reihe von Rücknahmepflichten ableiten ließen.

2) a.A. aber Nikisch, Arbeitsverhältnis, S.53: "Erkennt man, daß der Arbeiter seine Arbeitskraft dem Unternehmer für dessen Arbeitsaufgabe zur Verfügung stellt, so ist damit die Gemeinschaftsbeziehung ohne weiteres erklärt." Damit übereinstimmend in Arbeitsrecht I, 2.A., S.30, 31: "Wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft dem Arbeitgeber zur Verfügung stellt, so läßt sich dieser Vorgang nur so erklären, daß beide eine die Person unmittelbar ergreifende Verbindung miteinander eingehen, daß sie eine Gemeinschaft begründen."

3) Wiedemann, Arbeitsverhältnis, S.33; Mavridis, ArbuR 1956, S.16

4) Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, 7.A., S.417, 478; Nikisch, Arbeitsrecht I, 3.A., S.473, 572; demgegenüber gehen Lehre und Rspr. zunehmend davon aus, daß Gratifikationen, auch wenn sie freiwillig gewährt werden, Arbeitsvergütung und keine Schenkung sind: Fenn, ArbuR 1971, S.324; Gamillscheg, Arbeitsrecht, Nr.22b (Gratifikation), Nr.164 (betriebliches Ruhegeld); Grunsky, JuS 1970, S. 18; ders., ArbuR 1971, S.149 (betriebl.

Schlechterstellung des Arbeitnehmers gegenüber der Regelung des BGB führen. Hierauf hat insbesondere Grunsky am Beispiel des Entzuges eines vertraglichen Ruhegeldes hingewiesen.[1] So führt die Subsumption des vertraglichen Ruhegeldes unter die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers dazu, daß dieser bei Verletzung der ihm geschuldeten korrespondierenden Treuepflicht von der Erfüllung der Fürsorgepflicht und damit von der Leistung des Ruhegeldes freigestellt wird. Das Institut der Fürsorgepflicht, dessen Funktion in einer sozialeren Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses besteht, hat somit infolge der starken Betonung der Gemeinschaftsbindung und im Gegensatz zu der Regelung des BGB[2] sowie im Widerspruch zu der Schutzfunktion des Arbeitsrechts eine Schlechterstellung des Arbeitnehmers zur Folge. Grunsky spricht in diesem Zusammenhang von einem "echten juristischen Eigentor."[3]

Steht somit im Vordergrund des Arbeitsvertrages das Synallagma aus Arbeitspflicht und Lohnzahlung und damit die gegenseitige Interessenbefriedigung und bedarf es zur dogmatischen Begründung der Treue- und Fürsorgepflichten im Arbeitsverhältnis auch nicht der Zugrundelegung einer Gemeinschaftsbindung, so kann der Lehre vom personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis nur eine rein politische Funktion zukommen: Auf der Grundlage der Lehre vom personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis sollen die Integration der Arbeitnehmer in den Betrieb und die Sozialpartnerschaft angestrebt und verwirklicht werden.[4]

Ruhegeld); Monjau, DB 1970, S.1786 ff; Ricardi, Fälle und Lösungen, S.38; Schwerdtner, ZRP 1970, S.62 ff; Söllner, Arbeitsrecht, S.215; BAG ArbuR 1971, S.27; BGH NJW 1971, S.1127

1) Grunsky, JuS 1970, S.19

2) Ein treuwidirges Verhalten des Arbeitnehmers kann nach der Regelung des BGB lediglich Schadensersatzansprüche des Arbeitgebers auslösen; Gamillscheg, Arbeitsrecht, Nr.172 will dem Arbeitgeber im Einklang mit der gesetzlichen Regelung gestatten, das Ruhegeld in Höhe seines Schadens einzubehalten.

3) Grunsky, JuS 1970, S.19

4) Die zitierten Passagen sind Galperin, Arbeitsrecht der Gegenwart, Bd.1964, S.86 entnommen.

In der "Überhöhung durch die gemeinsame Aufgabe" und durch die "inclinatio zum Ganzen" sollen die sozialen Gegensätze überbrückt werden.[1)]
Damit unterfällt die Lehre vom Gemeinschaftscharakter des Arbeitsverhältnisses nicht mehr rechtlichen Kategorien. Die auf Grund dieser Lehre erzielten Konfliktlösungen sind "wegen der unergründlichen Weite und Farblosigkeit des Begriffes rational nicht mehr nachvollziehbar."[2)]

2. Erörterung der Wesensmerkmale des Arbeitsverhältnisses

Bestehen gegen die Vertragstheorie sowie gegen die Eingliederungstheorie insofern erhebliche Bedenken, als sie aus der gemeinschaftsrechtlichen Konzeption des Arbeitsverhältnisses resultieren, so ist im übrigen der neueren Lehre von Nikisch beizutreten.
Zu Recht geht Nikisch davon aus, daß die Eingliederung in den Betrieb bzw. in die vom Arbeitgeber organisierte Arbeitsteilung das entscheidende Kriterium des Arbeitsverhältnisses bildet, auf dem die Unselbständigkeit des Arbeitnehmers beruht.[3)]
Demgegenüber kann die Kennzeichnung der abhängigen Arbeit durch die Vertragstheorie als persönliche Abhängigkeit von nicht ganz unerheblichem Umfang[4)] als nicht hinreichend angesehen werden. Bereits Jacobi hat hierzu bemerkt, daß irgendeine persönliche Unterordnung sich aus jeder Arbeitsleistung ergibt, die ein Mensch einer anderen Person erbringt. Im übrigen ist das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit von nicht ganz unerheblichem Umfang inhaltlich zu unbestimmt, da es den Grad der Abhängigkeit

1) Fenn, ArbuR 1971, S.324; so auch Grunsky, JuS 1970, S.18; ähnlich Kilian, FAZ vom 5.5.1970, Ricardi, Fälle und Lösungen, S.23 bemerkt hierzu: "Die Kennzeichnung als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis ist so wenig eindeutig auf bestimmte Rechtsfolgen bezogen, daß sich allein daraus nichts über die Anwendbarkeit bestimmter Rechtsgrundsätze ergibt."

2) Fenn, ArbuR 1971, S.321, 324

3) Diese Auffassung, die lediglich die Begriffsbestimmung des Arbeitnehmers zum Gegenstand hat, ist nicht identisch mit der von Nikisch vertretenen Eingliederungstheorie, die sich auf die Begründung des Arbeitsverhältnisses bezieht.

4) Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, 7.A., S.41

nicht anzugeben vermag.[1] Auch die Intensität des Weisungsrechts kann keinen eindeutigen Hinweis auf das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses geben, da die Dienststellung höherer Angestellter häufig gerade durch ein weitgehend fehlendes Weisungsrecht gekennzeichnet ist.

Die Bedeutung der Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb für die Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffes wird in der Lehre zunehmend anerkannt.[2]

Den geltend gemachten Bedenken hat sich auch Hueck nicht verschließen können. Hueck selbst muß zugestehen, daß das Kriterium der gesteigerten persönlichen Abhängigkeit keine scharfe

1) Jacobi, Grundlehren, S.49, 51; vgl. auch Molitor, RdA 1959, S.3; Nikisch, JW 1935, S.1288; ders., RdA 1960, S.1 ff

2) Dietz, § 4 Rdn.13, S.133; Esser, Schuldrecht, S.579; Fitting-Kraegeloh-Auffarth, § 4 Rdn.5; Herschel, Die Grundrechte, 3.Bd., S.368; ders., RdA 1968, S.403; Mayer-Maly, RdA 1962, S.49; Söllner, Arbeitsrecht, S.206.
Auf die Eingliederung als Abgrenzungskriterium der abhängigen Arbeit von der Dienstleistung des Selbständigen stellen auch Rechtsprechung und Lehre zum Sozialversicherungsrecht ab; vgl. BSGE 3, 30, 35, 40, 42; 8, 278, 282, 283; 10, 41, 45, 46; 11, 257, 260; 13, 130, 132; 15, 65, 69; 16, 98, 101; 16, 289, 293, 294; 18, 70, 72; 19, 265, 267; 20, 6, 8; 21, 57, 58; auch der BFH hat in seiner Entscheidung vom 18.9. 1959, StRK EStG § 19 Abs.1 Ziff.1 R 160 betont, daß die Eingliederung in den Betrieb das wesentliche Tatbestandsmerkmal eines Dienstverhältnisses im Sinne des Lohnsteuerrechts ist.
Bogs, KrV 1956, S.247, 248; Dersch-Knoll u.a., RVO-Gesamtkommentar, S.212; Hanow-Lehmann-Bogs, § 1227 RVO, Rdn.6, S.9; Jantz-Zweng, Rentenversicherung, S.42; Albrecht, Die Versicherungspflicht in der Krankenversicherung, S.26, 27, 28, 29; Rindt, Die Sozialversicherung der Gegenwart, Bd.4, S.38;
Auf die Eingliederung als Abgrenzungskriterium wurde bereits in den amtlichen Anleitungen des RVA sowie in der Rechtsprechung des RVA verwiesen; vgl. die Anleitung über den Kreis der nach der RVO gegen Krankheit versicherten Personen vom 26.4.1912, RVA AN 1912, S.721 ff, 730, Ziff.11, S.736, Ziff. 16; die Anleitung des RVA betreffend den Kreis der nach dem Invalidenversicherungsgesetz vom 13.7.1899 versicherten Personen, AN 1900, S.277 ff unter Ziff.34a; vgl. ebenfalls RVA AN 1911, 400; 1913, 841, 842 (GE 1798); 1930, IV 47, 48 (GE 3629); 1930, IV 182, 183 (GE 3705); 1932, IV 31, 32 (GE 4256); 1932, IV, 32, 33 (E 4257).
Ebenfalls wird im Lohnsteuerrecht auf das Merkmal der Eingliederung abgestellt, vgl. Öftering-Görbing, Das gesamte Lohnsteuerrecht, Bd.I, § 1, Anm.9, Blatt 5, 1

Grenzziehung gestattet, daß es sich hierbei nur um ein relatives Abgrenzungsmerkmal handeln kann.[1)]
Darüber hinaus anerkennt auch Hueck, daß der Eingliederungsgedanke den soziologisch typischen Grundtatbestand des Arbeitsverhältnisses wiedergibt.[2)]
Die persönliche Abhängigkeit soll sich zudem neuerer Ansicht nach nicht zwingend in der Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers niederschlagen. Diese wird zwar als ein typisches Kennzeichen, keineswegs aber als notwendiges oder gar einziges Merkmal der persönlichen Abhängigkeit angesehen.[3)] Damit kommt der Weisungsgebundenheit nicht mehr die Bedeutung eines konstituierenden Elements der persönlichen Abhängigkeit zu. Persönliche Abhängigkeit und Gehorsamspflicht in bezug auf die Arbeitsleistung entsprechen daher nach neuerer Ansicht innerhalb der Vertragstheorie nicht in jedem Falle.[4)] Offen bleibt, welches Merkmal den Begriff der persönlichen Abhängigkeit ausfüllt, wenn im Einzelfall eine Unterordnung unter die Weisungen des Arbeitgebers nicht gegeben ist.
Wenn die Vertragstheorie dennoch an dem Kriterium der gesteigerten persönlichen Abhängigkeit festhalten will, so deshalb , weil sich ihrer Ansicht nach ein besseres Unterscheidungsmerkmal nicht anbietet.
Die in diesem Zusammenhang von Hueck gegen den Begriff der Eingliederung geltend gemachten Bedenken können aber nicht geteilt werden.
Zum einen wird eingewandt, die Eingliederung könne kein konstituierendes Merkmal für den Begriff des Arbeitnehmers sein, da es einerseits Arbeitnehmer ohne Eingliederung in einen Betrieb gebe (wie Privatsekretäre, Kraftfahrer oder sonstige für persönliche Dienste von einem Privatmann angestellte Personen) und andererseits in einen Betrieb eingegliederte Personen, die nicht Arbeitnehmer seien (wie Beamte, Familienangehörige, unfreie Ar-

1) Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, 7.A., S.43
2) Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, 7.A., S.41, Fußn.15
3) Götz Hueck, RdA 1969, S.216, 220
4) a.A. noch Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, 7.A., S.41

beitskräfte und Fürsorgearbeiter).[1]
Bei diesem Einwand wird aber verkannt, daß die Eingliederung nicht das einzige konstituierende Merkmal für den Begriff des Arbeitnehmers ist, da der Arbeitnehmer außerdem freiwillig und auf Grund eines privatrechtlichen Rechtsverhältnisses tätig werden muß.[2] Der Umstand, daß sich der Begriff des Arbeitnehmers aus mehreren begriffswesentlichen Merkmalen zusammensetzt, ist eine im Rechtsleben geläufige Erscheinung. Darüber hinaus haben sich auch die für die persönlichen Zwecke des Arbeitgebers angestellten Arbeitnehmer in eine vom Arbeitgeber organisierte Arbeitsteilung, in den häuslichen Arbeitsorganismus, einzufügen.[3]

In diesen Fällen steht allerdings die unmittelbare Unterordnung unter die Weisungsbefugnis des Arbeitgebers im Vordergrund, während der Eingliederungsvorgang auf ein Minimum reduziert wird, wenn der häusliche Arbeitsorganismus nur aus einem Hausangestellten besteht. Angesichts der nur noch geringen Zahl von häuslichen Angestellten besteht aber keine Notwendigkeit, aus diesem Grunde die Primärbedeutung der Eingliederung für den Arbeitnehmerbegriff in Frage zu stellen.
Eine Eingliederung liegt auch bei einer Nebenbeschäftigung von nur wenigen Stunden oder an lediglich einzelnen Wochentagen vor.[4] Wenn Hueck demgegenüber einwendet, von einer Eingliederung in den Lebensbereich des Arbeitgebers könne in diesen Fällen nicht gesprochen werden,[5] so wird der Bedeutungsgehalt des Begriffes der Eingliederung in den Lebensbereich des Arbeitgebers verkannt. Dieser Begriff verweist lediglich auf die häusliche Arbeitsorganisation, will aber nicht in einem darüber hinausgehenden Sinne verstanden werden.[6]
Ein wesentlicher Vorzug des Eingliederungsgedankens als Primärkriterium des Arbeitnehmerbegriffes besteht darin, daß diesem

1) Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, 7.A., S.41, Fußn.15
2) Nikisch, Arbeitsrecht I, 3.A., S.8
3) Nikisch, RdA 1960, S.3
4) so auch Fitting-Kraegeloh-Auffarth, BetrVG Komm., § 4,Rdn.5
5) Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, 7.A., S.41, Fußn.15
6) Der Begriff des "Lebensbereiches" ist allerdings mißverständlich und ungenau, da er die marktwirtschaftlichen Elemente bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses zu sehr in den Hintergrund rückt; vgl. hierzu Mayer-Maly, RdA 1962, S.49

Begriff in seinem umfassenden Bedeutungsgehalt sowohl der ungelernte Arbeitnehmer als auch der hochqualifizierte eigenverantwortliche Arbeit ausführende Spezialist unterfallen, ohne daß Abgrenzungsschwierigkeiten in erhöhtem Maße auftreten.

Dem Zurücktreten der Weisungsgebundenheit in bestimmten Arbeits- und Wirtschaftsbereichen trägt die Auffassung von Nikisch unter Wahrung der Einheitlichkeit des Arbeitnehmerbegriffes in prägnanter Weise Rechnung. Das BSG hat in diesem Zusammenhang ausgeführt: "Je weniger das Direktionsrecht des Arbeitgebers in Gestalt ausdrücklicher Weisungen in Erscheinung tritt, je mehr der Arbeitnehmer bei der Gestaltung seiner Arbeit auf sich gestellt ist, um so größeres Gewicht erhält das Merkmal der Eingliederung in einen übergeordneten Organismus für die Abgrenzung zwischen abhängig geleisteter Arbeit und selbständig verrichteten Diensten. Die Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers verfeinert sich in einem solchen Falle zur funktionsgerechten, dienenden Teilhabe am Arbeitsprozeß."[1)]
Auch bei einer funktionsgerechten, dienenden Teilhabe am Arbeitsprozeß müssen die betreffenden Arbeitnehmer als Hilfskräfte in den Herrschaftsbereich eines anderen eintreten und sich der dort bestehenden Ordnung unterwerfen, indem sie zu Gliedern eines größeren Ganzen werden.
Die Lehre von Nikisch, die in diesen Strukturmerkmalen den Grundtatbestand der Arbeit in fremdem Dienste erblickt, wird somit auch den Grenzfällen der freien Tätigkeit aus eigenem Antrieb innerhalb des Betriebes gerecht.
Anläßlich einer Untersuchung über die Einwirkung der erweiterten Mitbestimmung auf das Arbeitsrecht hat Zöllner[2)] in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, daß es vermessen wäre, bei allen Arbeitnehmern, bei denen de iure eine Weisungsunterworfenheit zwar gegeben sei, von Abhängigkeit zu sprechen. Diese der tatsächlichen Situation nicht mehr angemessene Wortbildung sei nicht nur aus terminologischen Bedenken, sondern gerade auch wegen der magischen Kraft, die von Worten ausgehe, abzulehnen.

1) BSGE 16, 289, 294 und std.Rspr.des BSG, BSGE 21, 57, 59; Vorlagebeschluß an das BVerfG v.25.4.1962, SGb 1963, S.108, 110. Im Sinne des Textes führt Wlotzke, RdA 1965, S.184 aus, der Einordnungsgedanke lasse dem Arbeitnehmer Raum zur Entfaltung von Initiative.

2) RdA 1969, S.65, 67

Durch die Beibehaltung dieses Terminus habe die Arbeitsrechtswissenschaft ungewollt am Aufbau bzw. an der Aufrechterhaltung einer Ideologie mitgewirkt.[1)]
Ein von Emotionen und Mißverständnissen freies Begriffsmerkmal ist aber das Merkmal der Eingliederung. Die von Zöllner geltend gemachten Bedenken sprechen insoweit ebenfalls dafür, in der Eingliederung das primäre Merkmal des Arbeitnehmerbegriffes zu sehen.
Trotz der grundsätzlichen Unterschiede zwischen der Vertragstheorie und der Lehre von Nikisch können die bestehenden Gegensätze aber auch nicht überbewertet werden. Beide Auffassungen beantworten strittige Abgrenzungsfragen i.d.R. einheitlich. Darüber hinaus ist auch nach Ansicht von Nikisch die persönliche Abhängigkeit als Folge der Eingliederung ein typisches Merkmal des Arbeitnehmerbegriffes, während die h.L. in der Eingliederung ein wesentliches Indiz für das Vorliegen der persönlichen Abhängigkeit erblickt. Beide Lehrmeinungen stimmen somit in ihrem Kern weitgehend überein.
Auf Widerspruch ist die Lehre von Nikisch schließlich insoweit gestoßen, als Nikisch davon ausgeht, daß der Arbeitnehmer durch die Einordnung seine Selbständigkeit verliert, nicht mehr "sein eigener Herr" ist und dem Arbeitgeber seine solle Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen hat.
In der Literatur wird Nikisch demgegenüber entgegengehalten, das Arbeitsverhältnis als persönliches Herrschaftsverhältnis anzusehen, widerspreche durch seine Betonung der Unfreiheit des Arbeitnehmers dem modernen Rechtsdenken. Eine persönliche Abhängigkeit im totalen Sinne liege keineswegs vor.[2)] Ebenfalls betont Wiedemann, daß der Arbeitnehmer weder seine ganze Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen habe noch eine personenrechtliche Bindung eingehe.[3)]
Auch wird bestritten, daß sich der Lebenstatbestand der Arbeit in fremdem Dienste grundlegend von der Verpflichtung des Selbständigen zur Dienstleistung unterscheidet, wie Nikisch annimmt.
Wiedemann ist darin zuzustimmen, daß der Arbeitnehmer nicht

1) zustimmend Götz Hueck, RdA 1969, S.216, 219
2) Ramm, Anfechtung, S.23
3) Wiedemann, Arbeitsverhältnis, S.39

schlechthin dem Arbeitgeber seine volle Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen hat. Anderslautende Äußerungen bei Nikisch dienen lediglich der Klarstellung, daß der Arbeitnehmer die Anordnungen des Arbeitgebers im Hinblick auf Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung zu befolgen hat. Die grundsätzliche Einstellung von Nikisch tritt bei der Gegenüberstellung des Arbeitsverhältnisses zum Beamtenverhältnis klar zutage. Hierzu führt Nikisch aus, der Beamte habe seine ganze Persönlichkeit, weit über die bloße Arbeitsleistung hinaus, dauernd und ausschließlich dem Gemeinwesen zu widmen, der Arbeitnehmer hingegen gehe nur insoweit eine persönliche Bindung ein, wie dies zur Erfüllung der Dienstleistung notwendig sei.[1] Auch die wiederholten Hinweise in der Literatur, daß Privatwelt und Arbeitswelt keine gemeinsamen Berührungspunkte besitzen, sprechen gegen eine Abhängigkeit im umfassenden Sinne.[2]

Fraglich muß aber sein, ob das Arbeitsverhältnis lediglich eine schuldrechtliche Art des Gebundenseins, eine typisch schuldrechtliche Verpflichtungsweise zum Gegenstand hat. Begründet wird dies damit, daß der Arbeitgeber zwar ständig den Vertragsinhalt konkretisieren könne, daß er aber immer darauf angewiesen bleibe, daß der Schuldner seinen Befehlen nachkomme. Das Arbeitsverhältnis gewähre daher auch im Erfüllungszustand keine Herrschaftsrechte.[3]

Einwände gegen die Auffassung, daß sich der Arbeitnehmer mit einem wesentlichen Teil seiner Persönlichkeit in das Arbeitsverhältnis stellt, hat auch Ramm vorgetragen. Ramm glaubt, eine Tendenz zur Versachlichung höherer Dienstleistungen und zur Entpersönlichung niederer Dienste mit der Folge einer mehr oder minder tiefgreifenden Schwächung der persönlichen Abhängigkeit feststellen zu können. In beiden Fällen vollziehe sich eine Absperrung gegen Eingriffe in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers mit

1) Nikisch, Arbeitsrecht I, 3.A., S.102

2) Fenn, ArbuR 1971, S.323; Wiedemann, Arbeitsverhältnis, S.39

3) Wiedemann, Arbeitsverhältnis, S.39; im übrigen geht auch Wiedemann von einer Abhängigkeit des Arbeitnehmers aus; diese erschöpft sich - wie er zutreffend feststellt - nicht in der Weisungsgebundenheit, sondern besteht darüber hinaus in der Unmöglichkeit zu selbständiger Wirtschaftsführung und zu eigener Teilnahme am Marktgeschehen, vgl. Wiedemann, Arbeitsverhältnis, S.14 ff

der Folge einer Reduzierung des Begriffes der persönlichen Abhängigkeit auf ein nur technisches Weisungsrecht.[1]
Notwendige Konsequenz der Reduzierung der persönlichen Abhängigkeit auf ein nur technisches Weisungsrecht, auf eine schuldrechtliche Gebundenheit ist die Aufhebung der qualitativen Unterschiede zwischen der arbeitsrechtlichen Unterordnung und der auch bei anderen Dienstleistungen vorliegenden Weisungsgebundenheit. Allen Dienstleistungen gemeinsam ist dann das verkehrsrechtliche Element, "die Tatsache, daß menschliche Arbeitskräfte in wirtschaftliche Güter überführt und umgewandelt werden"[2] sowie die nur schuldrechtliche Gebundenheit. Dem personenrechtlichen Moment der Unterordnung muß jeder Einfluß auf die Rechtsordnung abgesprochen werden. "Es entfällt der Grund zu einer Sonderbehandlung des Arbeitsverhältnisses gegenüber anderen Rechtsverhältnissen."[3] Das Arbeitsrecht kann nicht mehr in pointierter Gegenüberstellung zu anderen Dienstverhältnissen als das Sonderrecht der unselbständigen Arbeitnehmer bezeichnet werden.

Die Eigenart des Arbeitsverhältnisses gegenüber anderen Dienstverhältnissen wird weiterhin unter Hinweis auf die schwindende bzw. schon nicht mehr bestehende wirtschaftliche Abhängigkeit der Arbeitnehmer in Frage gestellt.[4] Das Arbeitsvertragsrecht läßt sich danach als "sozial verbessertes Dienstvertragsrecht" bezeichnen.
Der Tatbestand der Arbeit in fremdem Dienst unterscheidet sich jedoch grundlegend von der Verpflichtung des Selbständigen zur Arbeitsleistung. Den Auffassungen von Wiedemann, Ramm und Mayer-Maly kann daher nicht zugestimmt werden.
Die dem Arbeitsverhältnis eigene und über eine bloße schuldrechtliche Bindung hinausgehende Pflichtenstellung des Arbeitnehmers besteht in seiner Pflicht, sich dem Betrieb, ganz allgemein der vom Arbeitgeber organisierten Arbeitsteilung, einzufügen.[5]

Daneben besteht eine weitgehende Unterordnung("Unterworfenheit"[6]) unter die Organisations-, Gestaltungs- und Leitungsbe-

1) Ramm, Anfechtung, S.24
2) Jacobi, Grundlehren, S.50
3) Ramm, Anfechtung, S.24
4) Mayer-Maly, JZ 1961, S.208; Grunsky, JuS 1970, S.18
5) Nikisch, Arbeitsrecht I, 3.A., S.160; ders., RdA 1960, S.2, 3; Söllner, Arbeitsrecht, S.208
6) Söllner, Arbeitsrecht, S.208

fugnisse des Arbeitgebers verbunden gelegentlich mit einer dem Dienstverhältnis des Selbständigen völlig unbekannten Autoritätsbeziehung.

Diese Unterwerfung unter die Leitungs- und Direktionskompetenz des Arbeitgebers ist dem arbeitsteiligen Produktionsprozeß und damit dem Arbeitsverhältnis immanent. Sie ergibt sich aus der Natur der Sache. Sie beruht nicht auf dem Willen der am Arbeitsverhältnis beteiligten Parteien, sondern sie ist die notwendige Folge des arbeitsteiligen Produktionsprozesses, der der Organisation und Leitung bedarf.[1] Letztlich bestimmt die vom Arbeitgeber eingerichtete Organisation Art und Umfang des Weisungsrechts.[2]

Diese weitgehenden Leitungs- und Direktionskompetenzen unterscheiden den Tatbestand der abhängigen Arbeit grundlegend von der Verpflichtung des Selbständigen zu Dienstleistungen. Die einheitliche Leitungsbefugnis des Produktionsprozesses äußert sich darin, daß der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen hat, damit dieser über sie verfügen kann. Die für den Dienstvertrag des Selbständigen typische Verpflichtung zu lediglich einzelnen bestimmten Arbeitsleistungen würde den betrieblichen Gegebenheiten nicht entsprechen.

Die Leitungs- und Direktionsbefugnisse des Arbeitgebers kommen auch darin zum Ausdruck, daß der Arbeitnehmer den Anordnungen des Arbeitgebers im Hinblick auf Zeit, Dauer, Lage, Ort und Art der Arbeitsausführung Folge zu leisten hat, sofern diese Anordnungen innerhalb der kraft Gesetzes, Kollektiv- oder Einzelvereinbarung bestehenden Grenzen ergehen.[3]

Das Direktionsrecht des Arbeitgebers erstreckt sich darüber hinaus auf die betriebliche Ordnung, die der Arbeitnehmer einzuhalten hat.[4] Zudem unterliegt der Arbeitnehmer einer begrenzten Disziplinargewalt des Arbeitgebers.[5]

1) vgl. den Bericht der Mitbestimmungskommission, BT-Drs.VI/334, Teil IV, Ziff. 10 ff, Ziff.15 ff

2) Molitor, RdA 1959, S.7

3) Nikisch, Arbeitsrecht I, 3.A., S.170-172, 293 ff; Söllner, Arbeitsrecht, S.208

4) Nikisch, Arbeitsrecht I, 3.A., S.256; Söllner, Arbeitsrecht, S.208

5) Söllner, Arbeitsrecht, S.208

Ein Verhältnis der Über- und Unterordnung ergibt sich auch daraus, daß die Gewährung von Zulagen und Gratifikationen im Ermessen des Arbeitgebers steht.

Im Gegensatz zu anderen Rechtsverhältnissen wird die Person des Arbeitnehmers beim Arbeitsverhältnis, da Arbeitskraft und Person des Arbeitnehmers nicht voneinander getrennt werden können, mit einem wesentlichen Teil ihrer Persönlichkeitsentfaltung Inhalt des Arbeitsverhältnisses. Auf der Arbeitnehmerseite fallen Vertragssubjekt und Vertragsobjekt im Grunde zusammen.[1] Dadurch unterscheidet sich das Arbeitsverhältnis ebenfalls grundlegend von den sonstigen schuldrechtlichen Tätigkeitsverträgen.

Gegen diese Auffassung ist eingewandt worden, auch sonstige schuldrechtliche Tätigkeitsverträge, insbesondere der unabhängige Dienstvertrag, seien in diesem Sinne personenbezogen.[2] Während der Arbeitnehmer aber unausweichlich und notwendigerweise mit einem wesentlichen Teil seiner Persönlichkeit in den Arbeitsvollzug eines anderen treten muß, ist dies beim Selbständigen nicht unbedingt der Fall, da dieser häufig keine höchstpersönliche Leistung zu erbringen hat.

Gegen die Ansicht von Wiedemann und Ramm spricht ein weiterer Gesichtspunkt: Dem Arbeitsrecht würden wesentliche Impulse und Antriebskräfte verlorengehen, würde man die persönliche Abhängigkeit auf ein technisches Weisungsrecht reduzieren und auf diese Weise Anschluß an die allgemeinen Schuldverhältnisse suchen.[3]

Zuzustimmen ist Wiedemann aber darin, daß das Arbeitsverhältnis auch im Erfüllungszustand dem Arbeitgeber keine Herrschafts-

1) Siebert, HdSws Bd.I, S.378; ders., RdA 1958, S.367; Faktische Vertragsverhältnisse, S.83; Farthmann, RdA 1960, S.5, 7; eine entsprechende Deutung des personenrechtlichen Elements hat bereits Potthoff, Arbeitsrecht, S.56 vertreten: "Was der Arbeitnehmer leistet, ist mehr als Vermögenswert, ist der Mensch selbst, der sich in den Dienst des anderen stellt."; ähnlich auch Sinzheimer, Grundzüge, S.7, 8: "Die Arbeit ist untrennbar von dem arbeitenden Menschen. Seine Person ist in den Arbeitsvollzug verflochten und damit Anstrengungen und Gefahren ausgesetzt, die der sächlichen Leistung fernzubleiben pflegen. Die Arbeit ist aber auch untrennbar im arbeitenden Menschen. Indem der Mensch arbeitet, verwirklicht er einen Zweck, dem er seinen Willen unterordnen muß."

2) Soergel-Siebert, Vorbemerkung zu § 611 BGB, Rdn.13

3) vgl. auch Herschel, RdA 1968, S.403: "Die Formel vom schuldrechtlichen Austauschvertrag ist wertneutral und deshalb sozial- und rechtspolitisch wertlos."

rechte gewährt, mithin kein herrschaftliches Gewaltverhältnis ist.[1)]

Das Arbeitsverhältnis unterscheidet sich somit grundlegend von der Verpflichtung des Selbständigen zur Dienstleistung. Dies gilt auch für den Fall einer zunehmend weisungsfreieren Tätigkeit am Arbeitsplatz. Auch wenn in zunehmendem Maße die massive Form der Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers zugunsten einer funktionsgerechten Teilhabe am Arbeitsprozeß verdrängt wird und dem Arbeitnehmer ein weitgehendes Maß an Selbständigkeit am Arbeitsplatz sowie ein begrenztes Mitbestimmungsrecht eingeräumt ist, so bleibt doch, wie auch das BSG anerkennt,[2)] die Abhängigkeit zumindest in ihrem Kern bestehen.[3)]

Die Form der Abhängigkeit verlagert sich vollends von der Einzelweisung auf die organisatorische, in dem arbeitsteiligen Produktionsprozeß wurzelnde Abhängigkeit.

Auch der Hinweis auf eine schwindende (geringere oder bereits nicht mehr vorhandene) wirtschaftliche Abhängigkeit, auf ein ausgewogenes Kräftegleichgewicht zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern vermag die Unterschiede zwischen dem Arbeitsverhältnis und den schuldrechtlichen Tätigkeitsverträgen in ihrer grundlegenden Bedeutung nicht zu mindern.

Auch bei wirtschaftlicher Selbständigkeit muß sich der Arbeitnehmer dem arbeitsteiligen Produktionsprozeß mit seinen Abhängigkeitsstrukturen einfügen. Das Maß an wirtschaftlicher Selbständigkeit besagt nichts über die Intensität der organisatorischen Abhängigkeit. Denn die Abhängigkeit ergibt sich aus der Natur des Arbeitsverhältnisses, nicht aus der wirtschaftlichen Unselbständigkeit. "Nicht die wirtschaftliche Abhängigkeit als solche, die im Rahmen einer arbeitsteiligen Wirtschaft für die

1) Diese auf Otto v.Gierke zurückgehende Betrachtungsweise wird heute nahezu einhellig abgelehnt, vgl. Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, 7.A., S.130; Nikisch, Arbeitsrecht I, 3.A., S.46

2) Vorlagebschluß des BSG v.25.4.1962, SGb 1962, S.108,110

3) vgl. in diesem Zusammenhang auch Potthoff, Arbeitsrecht 1922, Sp.275 und Arbeitsrecht -Das Ringen um werdendes Recht, S.40: "Selbst wenn der Betrieb in die Gemeinschaft der Arbeitnehmer überginge, würde sich nichts Wesentliches ändern. Die Herrschaft würde dann im Namen der Gemeinschaft von ihren Beauftragten ausgeübt. Aber fehlen könnte sie nicht, wenn der Betrieb nicht zur Arbeitsunfähigkeit verurteilt sein wollte."

meisten Menschen besteht, sondern die insbesondere aus der Organisation des wirtschaftlichen Zweckverbandes Unternehmen resultierende Fremdbestimmtheit der konkreten Arbeitsleistung macht den spezifischen Charakter des Arbeitsverhältnisses aus."[1)]

Das Maß der wirtschaftlichen Selbständigkeit oder Unselbständigkeit vermag deshalb nichts über das Vorliegen einer organisatorischen (und damit persönlichen) Abhängigkeit auszusagen. Die Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses und die spezifischen Bedürfnisse der Arbeitnehmer, die das Arbeitsrecht zu berücksichtigen hat, wurzeln nicht primär in einer ökonomischen Schwäche der Arbeiterschaft. So hat Herschel darauf hingewiesen, daß die Fragen des Kündigungsschutzes, der Betriebsverfassung, des Urlaubs- und Arbeitsschutzrechtes wie überhaupt die Fürsorgepflichten des Arbeitgebers von der wirtschaftlichen Lage der Arbeitnehmer prinzipiell unabhängig sind.[2)]

Bezeichnend ist auch, daß Dersch das dem Arbeitsrecht innewohnende sozialrechtliche Schutzprinzip nicht aus der wirtschaftlichen Schwäche der Arbeitnehmer abgeleitet hat.[3)]

Mit Nikisch ist daher davon auszugehen, daß sich der Lebenstatbestand der Arbeit in fremdem Dienste grundlegend von der Verpflichtung des Selbständigen zur Dienstleistung unterscheidet. Anders als bei einer nur schuldrechtlichen Bindung wird der Arbeitnehmer infolge seiner Einordnung in den Betrieb Glied eines größeren Ganzen, in dem ihm bestimmte Funktionen zugewiesen werden.

Ein wesentlicher Vorzug des Eingliederungsgedankens gerade in einer industriellen Arbeitswelt ist es, daß er die Eingebundenheit der Person des Arbeitnehmers in den betrieblichen Arbeitsablauf verdeutlicht und damit den Tatbestand der Arbeit in fremdem Dienst in einer Weise kennzeichnet, wie die Lehre von der persönlichen Abhängigkeit dies nicht ermöglicht. Erst die Eingliederung vermag die eigentlichen Strukturen der fremdbe-

1) Bericht der Mitbestimmungskommission, BT-Drs. VI/334, Teil IV, Ziff.16; gegen die wirtschaftliche Abhängigkeit als spezifisches Kriterium des Arbeitsverhältnisses hatte sich bereits Jacobi, Grundlehren, S.52, 53 gewandt.

2) Herschel, RdA 1968, S.404

3) Dersch, Festschrift für Herschel, S.73, 76; ders., RdA 1949, S.325

bestimmten Arbeit, die Gliedstellung des Arbeitnehmers innerhalb eines größeren Ganzen, den mit der Gliedstellung verbundenen Verlust der Selbständigkeit aufzuzeigen. Der Eingliederungsgedanke spiegelt das nüchterne, graue Erscheinungsbild betrieblicher Arbeit und ihre Anonymität wieder. Er kennzeichnet, daß es im Betrieb und Unternehmen nicht um die individuelle Dienstleistung des Arbeitnehmers geht, sondern daß hier allein das Prinzip der Arbeitsteilung und damit die einheitliche Planung, Leitung und Organisation des Produktionsprozesses und somit der gelenkte Einsatz des Faktors Arbeit von Bedeutung ist.
Steht bei einer rein schuldrechtlichen Betrachtungsweise die individuelle Bindung der Parteien im Vordergrund, so folgt aus der Eingliederung und der damit verbundenen Gliedstellung des Arbeitnehmers innerhalb eines größeren Ganzen die Einsicht, daß die Arbeitnehmer innerhalb eines Betriebes nicht eine isolierte Leistung zu erbringen haben, sondern insgesamt ein Produktionsmittel, den Faktor Arbeit bilden.
Erst diese von der Eingliederung ausgehende Betrachtungsweise zeigt, daß in der industriellen Arbeitswelt die Freiheit der Person und der Grundsatz der Menschenwürde gefährdet sind. Nur diese Betrachtungsweise wird den tatsächlichen und soziologischen Gegebenheiten gerecht. Damit übereinstimmend hat auch die Mitbestimmungskommission den besonderen Charakter des Arbeitsverhältnisses aus dem Faktum der organisatorischen Eingliederung des Arbeitnehmers abgeleitet.[1)]
Aus den Gegebenheiten der modernen Arbeitswelt mit ihrer mehrfachen Delegation der Weisungsbefugnis sowie aus der Tatsache, daß die Direktionskompetenz dem arbeitsteiligen Produktionsprozeß immanent ist und sich aus der Natur der Sache ergibt, folgt eine weitgehende Verdrängung des vertraglichen Konsensus. "Die Weisungsbefugnis läßt sich nicht allein durch die vertragliche Zustimmung des Arbeitnehmers rechtfertigen. Sie ist kein Resultat gegenseitiger Übereinstimmung der Vertragsparteien, sondern besteht unabhängig von dieser."[2)] Wie die Weisungsbefugnis so beruhen auch die konkreten Arbeitsbedingungen zunehmend nicht

1) Bericht der Mitbestimmungskommission, BT-Drs.VI/334, Ziff.1 ff, S.56 ff

2) Bericht der Mitbestimmungskommission, a.a.O., Ziff.15, S.61; Molitor, RdA 1959, S.5

mehr auf einer Vereinbarung der Parteien. Bereits im Jahre 1924 hat Kreller darauf hingewiesen, daß das Einzelarbeitsverhältnis in der Regel durch die konkreten Arbeitsbedingungen des einzelnen Betriebes in einer Weise und derart vornormiert wird, daß die individuelle Gestaltung des Arbeitsverhältnisses durch die kollektive verdrängt wird.[1)]

Diese Entwicklung hat sich in der Zwischenzeit weiter verstärkt, tarifvertragliche Regelungen und Betriebsvereinbarungen haben deutlich an Bedeutung gewonnen.

Das Zurücktreten der individuellen Gestaltung des Arbeitsverhältnisses hat aber zur Folge, daß sich der Konsensus der Parteien weitgehend nur auf die Einstellung in den Betrieb beschränkt. Die Eingliederung als das entscheidende Kriterium des Arbeitsverhältnisses tritt mit dem Funktionsverlust des Arbeitsvertrages auch in den Augen der Vertragsparteien wachsend in den Vordergrund.

Während das Arbeitsvertragsrecht in Übereinstimmung mit seiner individualrechtlichen Ausprägung lediglich das Einzelverhältnis Arbeitgeber - Arbeitnehmer berücksichtigt und zu einer rechtlichen Trennung von gleichartigen zu demselben Betrieb bestehenden Verträgen führt, überwindet die Lehre von der Eingliederung die rechtliche Isolierung des Einzelarbeitsverhältnisses. Auf die Eingliederung und die dadurch vermittelte Teilhabe am Betrieb lassen sich aber gewichtige Normbereiche der geltenden Arbeitsrechtsordnung zurückführen. So hat auch Herschel der Lehre von der Eingliederung bescheinigt, "daß sie ein ausgesprochen normatives Element im tiefsten Grunde ihres Wesens enthält."[2)]

Aus der Pflicht des Arbeitnehmers zur Eingliederung sowie aus seiner Gliedstellung innerhalb des Betriebes folgt, daß der Arbeitnehmer eine Arbeitsleistung in Gemeinsamkeit und Zusammenarbeit mit den übrigen Arbeitnehmern des Betriebes zu erbringen hat. Sie verlangt "ein soziales Verhalten" der im Betrieb zusammengeschlossenen Arbeitnehmer als Rechtspflicht.[3)] Eine entspre-

1) Kreller, AcP, Bd.122, S.18
2) Herschel, RdA 1956, S.165
3) Herschel, RdA 1956, S.165

chende Vorschrift enthält das Betriebsverfassungsgesetz in seinem § 104. Danach kann der Betriebsrat die Entlassung oder Versetzung eines Arbeitnehmers, der wiederholt den Betriebsfrieden ernstlich gestört hat, verlangen.
Auf der Teilhabe am Betrieb,[1] mittelbar auf der Einordnung, die eine Teilhabe erst vermittelt, beruhen auch das Kündigungsschutzgesetz und das Betriebsverfassungsgesetz.
Auch § 613a BGB, nach dessen Regelung der neue Betriebsinhaber bei einem kraft Rechtsgeschäftes erfolgenden Betriebswechsel in die zum Zeitpunkt des Überganges bestehenden Arbeitsverhältnisse einzutreten hat, läßt sich auf Grundeinsichten der Lehre von der Eingliederung zurückführen.
Arbeitgeber wie Arbeitnehmer sind in die arbeitsteilige Organisation des Betriebes eingeordnet, der somit einen "überindividuellen" Arbeitgeber und Arbeitnehmer umfassenden Organismus bildet. Ein Wechsel in der Person des Betriebsinhabers beeinträchtigt aber das Bestehen des Betriebes als eines arbeitsteiligen Organismus in keiner Weise. Die damit verbundene selbstverständliche Überleitung der Arbeitsverträge ist nunmehr auch vom Gesetzgeber anerkannt worden.[2]
Die Verpflichtung zur Eingliederung sprengt den individual-rechtlich angelegten Charakter des Arbeitsvertrages, indem sie Betrieb und Arbeitsvertrag, individualrechtliche Begründung und gemeinsame zweckorientierte Veranstaltung einer Einheit zuführt. Arbeitsvertragliche Grundpflicht und Pflicht zur Einordnung sind identisch.Damit entspricht die Lehre von der Eingliederung den sozialen Gegebenheiten und verleiht ihnen rechtliche Relevanz.[3]

1) vgl. Siebert, HdSws, S.379: "Die Zugehörigkeit zum Betrieb bedeutet mitgliedschaftsähnlichen Einschlag des Arbeitsverhältnisses."; so ebenfalls Söllner, Arbeitsrecht, S.207

2) vgl. zum Betriebswechsel Herschel, RdA 1956, S.164; Siebert, HdSws., S.392

3) Auf der angestrebten Verbindung von Arbeitsvertrag und Betrieb beruhen die Lehren von Otto v.Gierke, DPrivatR III, S. 593 ("Die Funktion des Dienstvertrages besteht in der Organisation der Arbeit durch ihre Einfügung in ein herrschaftl. geleitetes Ganze."); Potthoff, Arbeitsrecht 1922, Sp.275; Molitor, Arbeitnehmer und Betrieb, S.15 ff; ders., RdA 1959, S.4 ff; Siebert, HdSws., S.390 betont, daß der Arbeitsvertrag ein personenrechtl. Zusammenschluß ist, der die individualrechtliche Begründung und den kollektivrechtlichen Eintritt in sich aufnimmt.

Zugleich wird eine einheitliche Betrachtung des Arbeitsrechts ermöglicht.
An der notwendig gewordenen gesetzlichen Regelung des § 613a BGB wird zugleich deutlich, daß die herrschende Vertragstheorie dem Individualarbeitsrecht nicht mehr voll gerecht wird. Die in ihm auftretenden Probleme lassem sich nicht mehr nur mit Hilfe der Vertragstheorie bewältigen.
In gewissem Sinne trägt das geltende Individualarbeitsrecht Züge einer Übergangszeit. Einzelvertragliches und betriebliches Denken stehen nebeneinander. Einem derartigen Zustand kann nur eine Theorie gerecht werden, die beide Elemente, das einzelvertragliche sowie das betriebliche, hervorhebt und zu integrierenden Bestandteilen ihres Systems macht, wie das bei der Lehre von Nikisch der Fall ist.
Aus der Bedeutung der Einordnung für das Wesen des Arbeitsverhältnisses folgt, daß der Arbeitsvertrag seine Erfüllung in der Zugehörigkeit des Arbeitnehmers zum Betrieb des Arbeitgebers, ganz allgemein zu der vom Arbeitgeber organisierten Arbeitsteilung findet. Da schuldvertragliche Verpflichtung und Erfüllungszustand nicht auseinanderfallen können, besteht die primäre arbeitsvertragliche Verpflichtung des Arbeitnehmers, die Dienstpflicht, in der Pflicht zur Einordnung in die vom Arbeitgeber organisierte Arbeitsteilung.[1)]
Eine andersartige Betrachtungsweise würde den betrieblichen Gegebenheiten nicht entsprechen, die gerade eine umfassende Planungs- und Organisationskompetenz des Arbeitgebers erforderlich machen. Beide können aber nur verwirklicht werden, wenn sich der Arbeitnehmer im Arbeitsvertrag ganz allgemein dazu verpflichtet, in den Dienst des Arbeitgebers zu treten.
Gegen die Trennung von Dienst- und Arbeitspflicht ist eingewandt worden, zwischen beiden bestehe lediglich ein gradueller Unterschied. Dementsprechend sei an der herrschenden, auch der Lebensauffassung entsprechenden Ansicht festzuhalten, daß die Pflicht zur Arbeitsleistung als unmittelbare Pflicht dem Arbeitsvertrag entspringt.[2)]

1) Nikisch, Arbeitsrecht I, 3.A., S.160; ders., Festschrift für Molitor, S.99; RdA 1960, S.3
2) Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, 7.A., S.197, Fußn.1; Crone, RdA 1955, S.323

Die Verselbständigung der Dienstpflicht ist aber durchaus berechtigt. Denn der Arbeitnehmer hat nicht nur einzelne, vertraglich vorherbestimmte Leistungen zu erbringen, sondern er hat primär dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen.[1)]

Die Verselbständigung der Dienstpflicht unterstreicht zugleich zutreffend den Charakter des Arbeitsverhältnisses als eines Dauerschuldverhältnisses. Ein solches kann zwar auch bei der Verpflichtung zu fortgesetzten Leistungen vorliegen. Die eigentliche und natürlichste Form eines Dauerschuldverhältnisses besteht aber in der Begründung und Aufrechterhaltung eines kontinuierlich andauernden Zustandes.

Die Auffassung, daß der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber nicht einzelne vertraglich fixierte Arbeitsleistungen schuldet, sondern seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen hat, ist von erheblicher rechtlicher und praktischer Bedeutung. Nach ihr kann die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Lohnzahlung nicht schon dann entfallen, wenn der Arbeitgeber von den Diensten des Arbeitnehmers keinen Gebrauch machen kann. Auch wenn es infolge von Betriebsstörungen zeitweilig nicht zur Leistung von Arbeit kommt, ist der Arbeitgeber dennoch zur Lohnzahlung verpflichtet, da der Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung bereit und in der Lage ist und dem Arbeitgeber mithin zur Verfügung steht.[2)]

Gerade in den Fragen des Betriebsrisikos erweist sich, daß die Lehre von Nikisch den Lebenstatbeständen gerecht wird. Die Vertragstheorie kann hingegen diesen Fällen sowie dem Grundsatz, daß in erster Linie der Arbeitgeber das Betriebsrisiko trägt, dogmatisch nicht gerecht werden. Da eigentlicher und typischer Sinn des Arbeitsvertrages die Leistung ständig wiederkehrender Arbeit sein soll, so muß für diese Auffassung der Grundsatz "ohne Arbeit kein Lohn" gelten.[3)] In den Fällen des Betriebsrisikos führt die Vertragstheorie somit bei konsequenter Durchführung zu unannehmbaren Ergebnissen.

1) Söllner, Arbeitsrecht, 1.A., S.197, Fußn.20; insoweit stimmt auch Wlotzke der Lehre von Nikisch zu, vgl. Wlotzke, RdA 1965, S.189.

2) Nikisch, Arbeitsrecht I, 3.A., S.599,603; Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, S.169

3) vgl. hierzu Müller, BB 1955, S.577

Da Nikisch die Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Befolgung der ihm zulässig erteilten Weisungen bereits aus der Arbeitspflicht ableitet, bedarf es insoweit nicht der Annahme einer gesonderten Gehorsamspflicht,[1] die im Arbeitsverhältnis tatsächlich auch nicht besteht.
Kommt der Arbeitnehmer den Weisungen des Arbeitgebers nicht nach, so verletzt er hierdurch nicht seine Gehorsamspflicht, sondern seine Arbeitspflicht, die er schlecht oder überhaupt nicht ausführt.[2]
Auch insoweit führt die Lehre von Nikisch zu sachgerechten Lösungen.

3. Der Entstehungstatbestand des faktischen Arbeitsverhältnisses

Auch ein fehlerhafter Arbeitsvertrag kann nach Auffassung der Vertreter der Vertragstheorie ein Arbeitsverhältnis begründen. Eine Inkonsequenz zu ihrem dogmatischen Ausgangspunkt vermögen sie hierin nicht zu erblicken, wird doch heute ganz allgemein anerkannt, daß die Bestimmungen des BGB über die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Willenserklärungen nicht für die gemeinschaftsbegründenden Verträge gelten, sobald es zur Erfüllung gekommen ist. Dies gelte schon längst für die Ehe und werde auch für den Gesellschaftsvertrag allgemein angenommen. Die Übertragung dieser Gedanken auf das Arbeitsverhältnis stehe daher mit der Behandlung anderer dem Arbeitsvertrag verwandter Vertragsverhältnisse durchaus im Einklang.[3]
Grundlage der heutigen Rechtsprechung zur faktischen Gemeinschaft ist die Rechtsprechung des Reichsgerichts. In seiner Entscheidung vom 13.11.1940 hat das Reichsgericht entschieden, daß bei einer schon ins Leben getretenen Gesellschaft Willensmängel nur im Wege der Auflösungsklage, nicht aber durch Anfechtung

1) Eine derartige eigenständige Pflicht des Arbeitnehmers wird von Hueck, Arbeitsrecht I, 7.A., S.41 bejaht; ablehnend Nikisch, Arbeitsrecht I, 3.A., S.283; Zöllner, RdA 1969, S.67

2) Zöllner, RdA 1969, S.67

3) Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, 7.A., S.123, 124; demgegenüber gesteht Dersch bei Bogs, Gegenwartsfragen sozialer Versicherung, S.37 zu, daß es sich bei der Anerkennung des faktischen Arbeitsverhältnisses durch die Vertragstheorie im Grunde genommen um eine Fiktion handelt.

des Gesellschaftsvertrages Beachtung finden könnten.[1]
Zur Begründung verweist das Reichsgericht darauf, daß die Auseinandersetzung eines mit Erfolg angefochtenen Gesellschaftsvertrages einer bereits ins Leben getretenen Gesellschaft nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung namentlich bei längerer Betätigung der Gesellschaft zu kaum lösbaren Schwierigkeiten, zu größter Rechtsverwirrung und zu durchaus unbilligen Ergebnissen führen müßte. Seine Erkenntnis stützt das Gericht weiter darauf, daß Innen- und Außenverhältnis der Gesellschaft in engster Wechselbeziehung zueinander stehen und sich in ihren Wirkungen kaum voneinander trennen lassen, so daß die für die Anerkennung der faktischen Gesellschaft im Außenverhältnis maßgeblichen Gesichtspunkte auch ihre Anerkennung im Innenverhältnis bedingen.
Die Anerkennung der faktischen Gesellschaft hat das Reichsgericht somit nicht aus der etwaigen personen- und gemeinschaftsrechtlichen Natur des Gesellschaftsverhältnisses geschlossen. Soweit auf ein tatsächliches Gemeinschaftsverhältnis Bezug genommen wird,[2] kommt dem kein dogmatisch eigenständiges Gewicht im Sinne einer Anerkennung und Verwertung gemeinschafts- und personenrechtlicher Gedankengänge zu.[3]
Der BGH hat sich der Rechtsprechung des RG unter ausdrücklichem Hinweis auf die Entscheidung des RG vom 13.11.1940 angeschlossen.[4]

Bei der Ehe, auf die die Vertreter der Vertragstheorie ebenfalls verweisen, verbietet sich eine rückwirkende Anfechtung schon deshalb, weil hier auf die besonderen Belange, z.B. der Kinder Rücksicht zu nehmen ist und weil im Falle einer rückwirkenden Anfechtung die Ehepartner der Makel einer nicht ehelichen Geschlechtsbeziehung träfe.[5]
Aus der gemeinschaftsrechtlichen Natur der Gesellschaft und Ehe lassen sich somit keine für alle Gemeinschaftsverhältnisse gültigen Rückschlüsse hinsichtlich der Auswirkungen der Nichtig-

1) RGZ 165, 193,206,207
2) z.B. in RGZ 165, 205; RG JW 1935, 2617
3) Angesprochen wird in den genannten Entscheidungen jeweils nur die Vermögensgemeinschaft.
4) BGHZ 3, 285,288; 8, 190,191
5) Ramm, Anfechtung, S.28

keit und Anfechtung ziehen, da für die Anerkennung der faktischen Gesellschaft die personenrechtlichen Beziehungen nicht ausschlaggebend waren und da bei der Ehe bereits die besondere Eigenart dieses Rechtsverhältnisses eine ex-nunc-Aufhebung gebietet.

Darüber hinaus kann zwischen der Ehe, der Gesellschaft und dem Arbeitsverhältnis nicht ein derart enges Beziehungsverhältnis konstruiert werden, wie dies die Vertragstheorie tut, da das Arbeitsverhältnis seinem Wesen nach kein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis ist.[1)]

Die Vertragstheorie setzt sich zu ihrer eigenen Auffassung vom personenrechtlichen Charakter des Arbeitsvertrages in Widerspruch, wenn sie eine rückwirkende Anfechtung des Arbeitsvertrages verneint. Denn gerade der personenrechtliche Charakter würde, da nun die engen persönlichen Beziehungen der Parteien im Vordergrund stehen und ihnen eine tragende Bedeutung zuerkannt wird, eine umfassende Berücksichtigung des individuellen Willens bei der Begründung der Gemeinschaftsbindung und damit die Zulassung der rückwirkenden Anfechtung erforderlich machen.[2)]

Die Vertragstheorie kann somit eine eigenständige und befriedigende Begründung für die Anerkennung des nichtigen Arbeitsverhältnisses und für den Ausschluß der Rückwirkung der Anfechtung nach Antritt der Arbeit nicht geben. Das faktische Arbeitsverhältnis wird nicht zum integrierenden Bestandteil ihres Systems. Die Vertragstheorie vermag in ihm lediglich einen pathologischen Ausnahmefall zu sehen.[3)]

Sie verstößt gegen das Gesetz, indem sie das zwingende Gebot des § 142 Abs.1 BGB außer acht läßt. Darüber hinaus setzt sie sich, wenn sie anerkennt, daß auch ein fehlerhafter und nichtiger Arbeitsvertrag ein Arbeitsverhältnis zu begründen vermag, in Widerspruch zu ihrem methodischen Ausgangspunkt. Denn nach den Regeln des BGB, in denen die Vertragstheorie uneingeschränkt die Grundlage ihres Systems erblickt, kann ein nichtiger Vertrag, der ja auch keine Verpflichtungswirkungen äußern kann, auch kein Arbeitsverhältnis zum Entstehen bringen.

1) vgl. S.55 ff dieser Arbeit
2) Ramm, Anfechtung, S.19, 20; Farthmann, RdA 1958, S.339
3) Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, 7.A., S.35, Fußn.4, S.40 unter b)

Sind die Nichtigkeit und die Rückwirkung der Anfechtung erst nach Antritt der Arbeit entgegen der gesetzlichen Regelung irrelevant und kommt dem nichtigen Arbeitsvertrag auch keine normative Kraft im Sinne einer Begründung des Arbeitsverhältnisses zu, so kann das Arbeitsverhältnis in diesen Fällen nur auf der Tatsache seiner Verwirklichung und damit auf der Eingliederung beruhen.[1)]

Nicht der Umstand, daß auch ein nichtiger oder fehlerhafter Arbeitsvertrag trotz erklärter Anfechtung ein Arbeitsverhältnis zu begründen vermag, sondern die Verwirklichung des Arbeitsverhältnisses, die einen derart starken Eingriff in die Sozialsphäre darstellt, "daß das Recht der Tatsache seiner Existenz auch bei Nichtigkeit des Vertrages Rechnung tragen muß", hat zur Anerkennung des faktischen Arbeitsverhältnisses im Arbeitsrecht geführt.[2)] Ausdrücklich weist Lehmann in diesem Sinn darauf hin, daß die Behandlung des faktischen Arbeitsverhältnisses als Ausnahme von der Regel anzusehen ist, wonach das Arbeitsverhältnis in einem Vertrag seine Grundlage findet.[3)]

Der Unterschied zwischen der Vertrags- und der Eingliederungstheorie im Hinblick auf das faktische Arbeitsverhältnis besteht daher darin, daß letztere "das Kind beim rechten Namen nennt"[4)], indem sie zutreffend davon ausgeht, daß die Anerkennung des faktischen Arbeitsverhältnisses eine Folge seiner Verwirklichung ist.

Im Falle des faktischen Arbeitsverhältnisses wird der Schwerpunkt vom Willen der Parteien auf die Verwirklichung des Ar-

1) Nikisch, RdA 1960, S.4; ders., Arbeitsrecht I, 3.A., S.175; Festschrift für Molitor, S.103, 104. Im Sinne des Textes führt Esser, Schuldrecht, 2.A., § 129[4], S.581 aus: "Es gibt ein kraft äußeren Tatbestandes (freilich mit finaler Willensbetätigung) zustandegekommenes 'gesetzliches' Arbeitsverhältnis ohne gültiges Rechtsgeschäft." Auch Beitzke, Nichtigkeit, S.30, mißt der Eingliederung gewisse Bedeutung zu, wenn er die Auffassung äußert: "Bei Fehlen eines wirksamen Arbeitsvertrages wird allerdings durch die Einstellung in den Betrieb eine engere soziale Bindung hergestellt, aus der sich möglicherweise gesetzliche Schuldpflichten ergeben." Der BGH stützt die Geltung des faktischen Arbeitsverhältnisses ebenfalls nicht auf einen fehlerhaften Vertrag oder eine Gemeinschaft, vgl. BGHZ 41, 287.

2) vgl. Nikisch, RdA 1960, S.4; Lehmann, NJW 1958, S.4

3) Lehmann, NJW 1958, S.4

4) Nikisch, Arbeitsrecht I, 3.A., S.175

beitsverhältnisses verlegt, weil das Recht das vollzogene Arbeitsverhältnis als Grundlage menschlicher Existenz nicht negieren kann.
Das Arbeitsverhältnis kann daher in zweifacher Weise begründet werden.[1)]
Primäre Entstehungsgrundlage des Arbeitsverhältnisses ist der Arbeitsvertrag. Bei Ungültigkeit des Vertrages beruht das vollzogene Arbeitsverhältnis auf der Eingliederung, da das Recht die Tatsache seiner Verwirklichung nicht negieren kann.
Eine antithetische Gegenüberstellung des vertraglichen und des faktischen Arbeitsverhältnisses im Hinblick auf den unterschiedlichen Entstehungstatbestand ist nicht gerechtfertigt. Beide Rechtsverhältnisse haben denselben Lebenstatbestand zum Gegenstand, sie sind beide in die bestehende Rechtsordnung eingebettet, aus ihnen entstehen die gleichen Rechte und Pflichten. Für das faktische Arbeitsverhältnis folgt hieraus, daß dieses keine Erscheinung sui generis bildet und seine Ordnung in sich trägt und aus sich empfängt. Das faktische Vertragsverhältnis wird vielmehr wie das vertragliche durch den Parteiwillen bestimmt. Insoweit hat es an der rechtsgeschäftlichen Natur des vertraglichen Arbeitsverhältnisses Anteil. Der Eingliederungstheorie ist vorgeworfen worden, sie werde der freien Selbstbestimmung der Person und damit der Würde der Persönlichkeit des Arbeitnehmers nicht gerecht, solange sie die Einigung über die Einstellung des Arbeitnehmers und seinen Eintritt in den Dienst des

1) Von einer zweifachen Entstehungsgrundlage des Arbeitsverhältnisses ist bereits Kreller, AcP Bd.122, S.13 ff ausgegangen. Kreller führt in diesem Zusammenhang (S.14) aus: "... auf allen Gebieten des sozialen Schutzes ist man auf dem Wege, neue Entstehungstatbestände ... dem freien Vertragsschluß zwischen den Beteiligten an die Seite zu setzen ..., eine Tendenz, die sich ja ganz ähnlich auf anderen Gebieten zeigt, auf denen die Heiligkeit der Verträge in verzweifelter Defensive steht ...", S.15: "Die Begründung und Ausgestaltung der genannten Schuldverhältnisse erfolgt zwar noch regelmäßig, aber doch keineswegs mehr ausschließlich durch Vertragsschluß ...". In die vorstehenden Ausführungen, die sich primär auf das durch staatliche Einwirkung zustande gekommene Arbeitsverhältnis beziehen, bezieht Kreller bezeichnenderweise das faktische Arbeitsverhältnis mit ein.

Arbeitgebers nicht als Vertrag gelten lassen wolle.[1]
Dieser Einwand gegenüber der Lehre von Nikisch ist unbegründet, da auch nach Auffassung der Eingliederungstheorie ohne ein beiderseitiges Einverständnis eine Einstellung nicht möglich ist. Schon aus diesem Grunde kann der Lehre von Nikisch nicht vorgeworfen werden, sie verstoße gegen das freie Selbstbestimmungsrecht der Person. Darüber hinaus läßt die Vertragstheorie Bindungswirkungen bereits auf Grund eines nichtigen und von der Rechtsordnung gerade nicht anerkannten Rechtsgeschäftes eintreten. Sie respektiert daher das Recht der freien Selbstbestimmung in keinem größeren Umfang als die Eingliederungstheorie.

Im übrigen kann die Vertragstheorie den eigentlichen Kern der Bindung, die Unterwerfung des Arbeitnehmers unter die Leitungs- und Direktionskompetenz des Arbeitgebers, soweit diese in dem arbeitsteiligen Produktionsprozeß wurzelt,[2] dogmatisch nicht erfassen. Diese Form der Unterordnung entzieht sich dem Zugriff einer auf dem Vertrag basierenden Betrachtungsweise.

Der Arbeitsvertrag ist somit nicht in jedem Fall Grundlage des Arbeitsverhältnisses. Eine Ausnahme gilt ebenfalls für das mittelbare Arbeitsverhältnis. Die rechtlichen Beziehungen des Arbeitnehmers zu dem Hauptarbeitgeber lassen sich, da zwischen beiden ein Vertrag nicht besteht, dogmatisch nur mit Hilfe der Eingliederungstheorie erfassen.[3]
Ist ein Vertrag nicht in jedem Fall Grundlage des Arbeitsverhältnisses, so kann die Vertragstheorie nicht für sich in Anspruch nehmen, "die Erscheinung des Arbeitsverhältnisses in ihrer Totalität" erklären zu können.[4] Die Prämissen der Vertragstheorie sind daher nicht mehr zutreffend.
Trotz erheblicher staatlicher Eingriffe in das Individualar-

1) Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, 7.A., S.120; Hueck, RdA 1955, S.326; vgl. gegen Hueck Nikisch, Arbeitsrecht I, 3.A., S.195; ders., RdA 1960, S.4

2) vgl. S.66 dieser Arbeit

3) Molitor, AR-Blattei, D-Blatt: "Arbeitspflicht I" unter (A) II; Herschel, Anmerkung vom Urteil des BAG v. 8.8.1958, AR-Blattei, D-Blatt: "Arbeitsvertrag-Arbeitsverhältnis III" Entscheidungen 2 und Röhsler, AR-Blattei, D-Blatt: "Arbeitsvertrag-Arbeitsverhältnis III" unter B., 4. fordern daher eine entsprechende Anwendung der Grundsätze über das faktische Arbeitsverhältnis auf das mittelbare Arbeitsverhältnis; vgl. zum alten Recht auch Dersch, in: Gegenwartsfragen sozialer Versicherung, S.41,42 und nunmehr das ArbeitnehmerüberlassungsG v.7.8.1972

4) Simitis, Faktische Vertragsverhältnisse, S.283

beitsrecht und trotz einer gewandelten sozialen Betrachtungsweise, sah sich die Vertragstheorie gezwungen, ihr Fundament in jeder Beziehung unangetastet zu lassen, um nicht die absolute Geltung des Vertrages als Entstehungsgrundlage des Arbeitsverhältnisses und damit das eigene System in Frage zu stellen.
Auf Grund der ihr eigenen statischen Betrachtungsweise vermag die Vertragstheorie die nach heutiger Ansicht der Gerechtigkeit entsprechenden Ergebnisse in den Fragen des nichtigen und angefochtenen Arbeitsvertrages nicht zu erklären. Ein gleiches gilt für die Grundsätze zur Tragung des Betriebsrisikos.
Für den Bereich des mittelbaren Arbeitsverhältnisses muß die Vertragstheorie überhaupt auf eine dogmatische Erfassung verzichten.
Soweit sich die Vertragstheorie in den Fragen des nichtigen und angefochtenen Arbeitsvertrages zu Konzessionen genötigt sah, stellen die gegebenen Zugeständnisse nicht lediglich Modifikationen der Grundansicht dar, sie sprengen in Wahrheit den Rahmen eines vertraglichen Systems.
Die Vertragstheorie vermag daher nicht zu überzeugen.
Auszugehen ist im Rahmen der weiteren Untersuchung von der neueren Lehre von Nikisch .

Ergebnis

Die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Arbeitsvertrages wegen eines Willensmangels oder infolge Verstoßes gegen ein gesetzliches Beschäftigungsverbot hindert das Entstehen eines Arbeitsverhältnisses nicht. Bei Ungültigkeit des Vertrages beruht das verwirklichte Arbeitsverhältnis auf der Eingliederung.

Zweiter Teil: Zur Identität der Grundtatbestände im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht

1.Kapitel: Die Rechtsnatur des versicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses

I. Die konstituierenden Merkmale des Beschäftigungsverhältnisses

Voraussetzung für die Begründung und im allgemeinen auch für das Fortbestehen der Versicherungspflicht von Arbeitnehmern in der Sozialversicherung ist eine Beschäftigung gegen Entgelt.[1] Der Begriff des Beschäftigungsverhältnisses bildet für alle Zweige der Sozialversicherung einen inhaltlich übereinstimmenden Grundtatbestand.[2] Die Begriffsmerkmale des Beschäftigungsverhältnisses wurden mangels näherer gesetzlicher Umschreibung unter Berücksichtigung der tragenden Leitgedanken der Sozialversicherung, die vornehmlich dem Schutz und der Sicherung der abhängigen Arbeitnehmer zu dienen bestimmt ist, von der Judikatur und Lehre entwickelt.

Rosin, dessen Untersuchungen zur Rechtsnatur des Beschäftigungsverhältnisses von nachhaltigem Einfluß auf die Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte und des RVA waren, definierte das Beschäftigungsverhältnis als "das Verhältnis zweier Personen zueinander, in welchem die eine über die Arbeitskraft der anderen für sich zu verfügen tatsächlich in der Lage ist."[3] Nicht erforderlich ist, so erkannte Rosin, die tatsächliche Ausübung der Verfügungsmacht und die tatsächliche Arbeitsleistung, es genüge vielmehr die Bewahrung der tatsächlichen Verfügungsmacht, begründet in der Willensübereinstimmung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Daher bestehe die Beschäftigung als Arbeitsverhältnis auch während des Urlaubs, auch bei zeitweiser Betriebseinstellung und Krankheit des Ar-

1) Die gesetzliche Regelung findet sich in den §§ 165 Abs.2, 539 Abs.1 Nr.1, 1227 Abs.1 Nr.1 RVO, § 2 Abs.1 Nr.1 und 2 AVG, § 168 AFG, § 1 RKG

2) Bows, BArbBl.1962, S.369, Fußn.2; Jahn, Sozialversicherungslehre, S.57, Fußn. 57; a.A. Riechels, ZSR 1962, S.2

3) Rosin, Das Recht der Arbeiterversicherung I, S.175

beitnehmers fort, wenn dieser nicht entlassen werde, sondern die Verfügung über die Arbeitskraft zwar ruhe, aber in gegenseitiger Willensübereinstimmung dem Arbeitgeber gewahrt bleibe. "Das Beschäftigungsverhältnis geht über die Beschäftigung als Arbeitsleistung hinaus."[1)]

In der Amtlichen Anleitung über den Kreis der nach der Reichsversicherungsordnung gegen Invalidität und gegen Krankheit versicherten Personen bezeichnet das RVA das versicherungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis als ein Verhältnis, dem die Verwertung der Arbeitskraft in untergeordneter, abhängiger Stellung zugrunde liegt.[2)] Die Versicherungspflicht soll dann eintreten, wenn ein Verhältnis wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit des Arbeitnehmers zu dem Arbeitgeber nachweisbar ist.[3)]

Zur Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses ist - wie das RVA hervorhebt - kein im Sinne des bürgerlichen Rechts gültiger und auf gewisse Zeit bindender Dienst- oder Arbeitsvertrag erforderlich. Andererseits erzeuge auch nicht jedes eine Arbeitspflicht begründende Rechtsverhältnis, insbesondere nicht jedes Anstellungsverhältnis, die Versicherungspflicht. Im allgemeinen lasse nur wirkliche Arbeit, nicht schon das Bestehen einer entsprechenden Verpflichtung den Versicherungszwang entstehen.[4)] Jedoch stehe eine stän-dige Dienstbereitschaft der Leistung wirklicher Arbeit gleich.

Die heutige Lehre charakterisiert das Beschäftigungsverhältnis in ähnlicher Weise wie dies bereits Rosin und das RVA getan haben.

1) Rosin, Das Recht der Arbeiterrentenversicherung I, S.177

2) AN 1912, 721 ff, 723

3) AN 1912, 729, Ziff.10, 730, Ziff.11; so bereits auch die Anleitung des RVA betreff. den Kreis der nach dem Invalidenversicherungsgesetz v.13.Juli 1899 versicherten Personen, AN 1900, S.277 unter Ziff.28. In der Anleitung der Reichsversicherungsanstalt für die Angestelltenversicherung, AngVers. 1913, S.63 heißt es entsprechend: "Das Beschäftigtwerden setzt ein Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit des Beschäftigten von einem Arbeitgeber voraus."

4) RVA AN 1912, 730, Ziff.11

Die konstituierenden Merkmale des Beschäftigungsverhältnisses bestehen danach in der Verfügungsmacht des Arbeitgebers über den Arbeitnehmer sowie auf Seiten des Arbeitnehmers in der Dienstbereitschaft. Wie im Arbeitsrecht so gehört auch im Sozialversicherungsrecht die Entgeltlichkeit nicht zu den Begriffsmerkmalen des Beschäftigungsverhältnisses.[1] Die persönliche Abhängigkeit, die eine Folge der Gliedstellung des Arbeitnehmers ist, äußert sich in der Verfügungsmacht des Arbeitgebers. Dabei ist als Arbeitgeber eines Versicherten derjenige anzusehen, der den Versicherten beschäftigt, dem die Verfügungsmacht über ihn zusteht, für dessen Rechnung der Lohn gezahlt wird und dem der wirtschaftliche Ertrag der Arbeit zugute kommt.[2]

Neben der persönlichen Abhängigkeit hat das RVA in ständiger Rechtsprechung für die Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses eine wirtschaftliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers von einem Arbeitgeber verlangt.[3] Diese sollte dann gegeben sein, wenn die aus der Beschäftigung fließenden Bezüge zur Bestreitung des Lebensunterhaltes dienen.[4] Die wirtschaftliche Abhängigkeit allein sollte aber nach Ansicht des RVA die Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses nicht rechtfertigen, da auch Selbständige in einem Verhältnis wirtschaftlicher Abhängigkeit stehen können.[5]

Im Gegensatz zu der Rechtsprechung des RVA und zu einer ver-

1) vgl. zum heutigen Stand der Lehre Wannagat, Sozialversicherungsrecht, S.340 ff; Brackmann, Hdb. der SozVers., Bd.II, S-306 k

2) RVA EuM Bd.25, 94,95

3) vgl. außer den genannten Anleitungen z.B. RVA AN 1902, 551, 552; AN 1924, 229, 230 (GE 2831); AN 1926, 428, 429 (GE 2992); AN 1927, 24, 26 (GE 3017); AN 1930, IV 182, 183 (GE 3705); AN 1932, 430, 431 (GE 4462); AN 1939, 430, 431 (GE 5320; RVA v.26.3.1942, ArbVers.1942, S.274. In der Entscheidung Nr. 2040 AN 1915, 560, 561 wird betont auf das Merkmal der wirtschaftlichen Abhängigkeit abgestellt: In der Entscheidung wird ausgeführt, der Zweck der Versicherung bestehe gerade darin, "Personen, deren wirtschaftliche Selbständigkeit durch die Ungunst der Verhältnisse in Zweifel gestellt ist", bei Zeiten Versicherungsschutz zu gewähren.

4) RVA AN 1932, 430, 431 (GE 4462)

5) RVA AN 1927, 24, 26 (GE 3017); AN 1932, IV 32, 33 (GE 4257); AN 1932, IV 190, 191 (GE 4347); EuM Bd.30, 509, 511

breiteten Meinung im Schrifttum[1] wird der Arbeitnehmerbegriff nach Ansicht des BSG allein durch das Erfordernis der persönlichen Abhängigkeit bestimmt.[2]
Eine daneben bestehende wirtschaftliche Abhängigkeit kann nur als Indiz für das Vorliegen der persönlichen Abhängigkeit gewertet werden.[3]
Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Der wirtschaftlichen Abhängigkeit kommt keine eigenständige Bedeutung bei der Abgrenzung des Arbeitnehmerbegriffes zu. In jeder persönlichen Abhängigkeit ist in der Regel bereits ein gewisses Maß an wirtschaftlicher Abhängigkeit enthalten. Darüber hinaus besteht eine wirtschaftliche Abhängigkeit für die meisten Menschen, auch für diejenigen, die sich als Selbständige zu Dienstleistungen verpflichten. Andererseits ist es durchaus denkbar, daß ein Arbeitnehmer auf Grund eigenen Vermögens wirtschaftlich selbständig ist und trotzdem in einem persönlichen Abhängigkeitsverhältnis steht. Die wirtschaftliche Abhängigkeit ist daher für die Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses nicht begriffsnotwendig. Konstituierendes Merkmal des Arbeitnehmerbegriffes ist allein die persönliche Abhängigkeit, die sich in der Verfügungsmacht des Arbeitgebers äußert und eine Folge der Gliedstellung des Arbeitnehmers ist.
Durch die vorstehende Begriffsbestimmung hat der 3.Senat des BSG die Einheitlichkeit der Rechtsprechung auf dem Gebiet des

1) Peters, Hdb. der KV, 15.A., Bem.2 zu § 165 RVO, S.7; Brackmann, Hdb. der SozVers., Bd.II, S.306 i; Dersch, Knoll u.a., RVO Gesamtkommentar, Bem.3 zu § 165 RVO, S.272; Koch-Hartmann-v.Altrock-Fürst, Kommentar zum AnVG, Bem.II 2 zu § 1 AVG; Albrecht, Die Versicherungspflicht in der KV, S.28

2) BSGE 8, 278, 282, 283; 10, 41, 44, 45; 11, 257, 260, 261; 13, 130, 132; 13, 196, 198, 201; 15, 65, 69; 16, 98, 101; 16,289, 293, 294; 19, 265, 267, 268; 20, 6, 8; 21, 57, 58; demgegenüber stellt BSGE 11, 149, 150 auch auf die wirtschaftliche Abhängigkeit ab.
Der vorstehenden ständigen Rechtsprechung des 3.Senats des BSG stimmen im Schrifttum Boggs, Festgabe für Walter Rohrbeck, S.14, Fußn.1; Dersch, RdA 1950, S.321, 324, 325; Hanow-Lehmann-Boggs, Kommentar zum 4.Buch der RVO, Bem. zu § 1227 RVO, II 1., Rdn.6, Jantz-Zweng, Rentenversicherung, Bem. zu § 1227 RVO; Riechels, ZSR 1/62, S.1, 3, 4; Teutsch, Das Beschäftigungsverhältnis als Grundlage des gesetzlichen Unfallversicherungsschutzes, S.17, 18 sowie Wannagat, Sozialversicherungsrecht, S.340, 341 zu. Die ständige Rspr. des RVA wurde bereits von Richter, Sozialversicherungsrecht, S.36, abgelehnt.

3) BSGE 3, 30, 40

Arbeits- und Sozialversicherungsrechts zum Arbeitnehmerbegriff wiederhergestellt. Das BAG sieht - wie bereits das RAG in seiner späteren Rechtsprechung - ebenfalls allein in der persönlichen Abhängigkeit das den Arbeitnehmerbegriff kennzeichnende Wesensmerkmal.[1)]

II. Die Rechtsprechung zum Krankenversicherungsgesetz

Die Ausführungen von Rosin sowie die zitierte Amtliche Anleitung des RVA haben bereits deutlich gemacht, daß der Begriff der Beschäftigung schon in den Anfängen der Sozialversicherung nicht mit der tatsächlichen Arbeitsleistung gleichgesetzt wurde.

Die faktischen Verhältnisse können somit nicht ausschließlich den Begriff des Beschäftigungsverhältnisses prägen, dieses kann nicht unter der alleinigen Herrschaft des Grundsatzes von der Maßgeblichkeit des Faktischen stehen.

Im Hinblick auf eine möglicherweise bestehende Identität der Grundtatbestände im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht soll im folgenden an Hand der Rechtsprechung zum KVG[2)] und zur RVO untersucht werden, ob und inwieweit die Verfügungsmacht des Arbeitgebers und ihr Korrelat, die Dienstbereitschaft des Arbeitnehmers, rein faktisch oder nach rechtlichen Gesichtspunkten zu bestimmen sind und in welchem Umfang arbeitsvertragliche

1) BAG AP Nr.1 zu § 611 BGB (Abhängigkeit); AP Nr.3 zu § 611 BGB (Abhängigkeit); AP Nr.6 zu § 611 BGB (Abhängigkeit); AP Nr.7 zu § 611 BGB (Lehrer, Dozenten) mit weiteren Nachweisen; BAG SAE 1967, 174, 175 (Anm.Herschel);
RAG ARS 15, 505; 15, 550 (Anm.Hueck); 20, 302; 45, 34, 35; bereits in RAG ARS 13, 42, 43 wurde dem Merkmal der wirtschaftlichen Abhängigkeit nur noch eine abgeschwächte Bedeutung zugebilligt. Allein von der persönlichen Abhängigkeit gehen im Schrifttum ebenfalls aus: Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, 7.A., S.35, Fußn.3; Nikisch, Arbeitsrecht I, 3.A., S.10; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, Kommentar zum BGB, 11.A., Rdn.15 vor § 611.

2) Die RVO macht in § 165 Abs.2 den Eintritt der Krankenversicherungspflicht von einer Beschäftigung gegen Entgelt abhängig. Sie stimmt insoweit mit dem früheren KVG i.d.F. des Gesetzes v. 15.6.1883 wie auch des Gesetzes v. 10.4.1892 überein, wonach für die Krankenversicherungspflicht ebenfalls als Voraussetzung galt, daß die im Gesetz bezeichneten Personen "gegen Gehalt oder Lohn beschäftigt werden."

Vereinbarungen im Hinblick auf Beginn, Dauer und Begriffsinhalt des Beschäftigungsverhältnisses von Erheblichkeit sind.

1. Allgemeiner Ansicht nach kann ein Beschäftigungsverhältnis nicht ohne eine Willensübereinstimmung des Arbeitgebers und Arbeitnehmers hinsichtlich der Aufnahme in den Betrieb begründet werden. Ein Einschleichen in einen Betrieb hat keine sozialversicherungsrechtlichen Wirkungen zur Folge.[1)]
Diese Voraussetzungen waren bereits unter der Geltung des KVG vom 15. Juni 1883 anerkannt.
In betonter Anlehnung an zivilrechtliche Kategorien erblickten eine große Anzahl von Autoren und Gerichten in der das Beschäftigungsverhältnis begründenden Willensübereinstimmung einen Arbeitsvertrag. Die Versicherungspflicht im Sinne des KVG sollte nur bei einer Beschäftigung auf Grund eines Arbeitsvertrages eintreten.[2)]
Damit übereinstimmend definierte Robin den Begriff des Arbeiters im Sinne der Arbeiterversicherungsgesetze dahin, daß hiermit diejenigen gemeint sind, die "in der Stellung wirtschaftlicher Unselbständigkeit auf Grund eines privatrechtlichen Ar-

1) Wannagat, Sozialversicherungsrecht, S.311

2) OLG Köln, ArbVers.1886, S.346; Bad.VGH, abgedruckt bei Keidel, Entscheidungen, S.2, 3 und bei Reger, Bd.18, S.193, 194, 195; OLG Breslau, ArbVers.1888, S.82, 83; OLG Celle, Reger B d.29, S.373; LG Düsseldorf, ArbVers.1889, S.471, 472; LG Breslau, ArbVers.1900, S.55; LG Leipzig, ArbVers.1901, S.271, 272, 273; Sächs. OVG, Reger, Erg.Bd.III, S.66, 67; RG Warn.Jahrb. der Entscheidungen, C. Arbeiterversicherungsrecht, 1908, S.5;
Schicker, Krankenversicherungsgesetz, Bem.7 zu § 19 KVG, Bem. 3a zu § 1 KVG ("Beschäftigtsein i.S. d. § 1 KVG bedeutet in einem 'Beschäftigungsverhältnis', in einem Arbeitsverhältnis, Dienstmieteverhältnis stehen"); desgleichen war Häpe, Krankenversicherungsrecht, S.18 der Auffassung, Lohn und Gehalt i.S. d. § 1 KVG müßten auf Grund eines Arbeitsvertrages gewährt sein; zustimmend Rumpelt, Krankenversicherung der Arbeiter, 1892, S.13, Note 4 (die Fundstellen aus den Kommentaren von Häpe und Rumpelt werden nach der Entscheidung des LG Leipzig, ArbVers.1901, S.271, 272 zitiert); Woedtke, 4.A., Bem 1 II und 3 zu § 1 KVG, Bem.9 zu § 2 KVG, S.53, 57, 88; Piloty, Die Arbeiterversicherungsgesetze, 1893, Bd.I, S.52; Hahn, Krankenversicherungsgesetz, 3.A., Bem.1d zu § 1 KVG, Einleitung, S.13.
Einer ausdrücklichen Vereinbarung steht eine nur stillschweigende oder mittelbare Vereinbarung des Arbeitsverhältnisses entsprechend allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen gleich, vgl. LG Breslau, ArbVers.1900, S.55, 56.

beitsvertrages beschäftigt werden."[1]
Nach überwiegender Auffassung sollten aber Rechtsmängel die Gültigkeit des Vertrages in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht nicht berühren. Das Sächs. OVG bemerkt hierzu: "Der Arbeitsvertrag braucht nicht in privatrechtlich gültiger Form geschlossen zu werden und verliert trotz etwaiger ihm anhaftender Mängel auch nicht seine Kraft."[2] Diese Anerkennung des faktischen Arbeitsverhältnisses im Sozialversicherungsrecht geht auf das PrOVG zurück.
In seiner Entscheidung vom 2.3.1893 hat das PrOVG entschieden, ein formeller, zivilrechtlich vollkommen gültiger Vertrag sei für die Anwendung des § 1 KVG nicht zu fordern, ein stillschweigendes, auf konkludenten Handlungen beruhendes Abkommen genüge.[3]
Auch in dieser Entscheidung wird an zivilrechtlichen Vorstellungen insofern festgehalten, als privatrechtliche Willenserklärungen weiterhin die Grundlage des Beschäftigungsverhältnisses bilden sollen.Darüberhinaus beinhaltet ja auch ein konkludent geschlossenes Abkommen einen Arbeitsvertrag.
Demgegenüber vertraten andere Gerichte die Ansicht, im Recht der Krankenversicherung sei ausschließlich das tatsächliche Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses von Erheblichkeit. Dieses soll von der rechtlichen Gültigkeit eines Arbeitsvertrages unabhängig und tatsächlicher Natur sein.[4]
In der Rechtsprechung und Lehre zur Zeit der Geltung des KVG war somit die Rechtsnatur des Beschäftigungsverhältnisses umstritten. Der überwiegende Teil der Rechtsprechung und Lehre sah in dem Beschäftigungsverhältnis ein auf dem Arbeitsvertrag beruhendes Rechtsverhältnis.Das Beschäftigungsverhältnis war aber auch dieser Ansicht nach nicht mit dem Arbeitsvertrag identisch. In versicherungsrechtlicher Hinsicht mußte zu

1) Rosin, Das Recht der Arbeiterversicherung, S.145
2) Sächs.OVG v.13.1.1904, Reger, Erg.Bd.III, S.66
3) PrOVG, ArbVers. 1893, S.418
4) Bayr. VGH, ArbVers.1896, S.378; Verordnung des sächs. Ministers des Inneren v. 17.Juli 1889, Reger Bd.10, S.230; PrOVG, Reger Bd.26,S.69; Sächs.OVG, Reger Bd.27, S.399,400; LG Darmstadt, ArbVers. 1890, 457,458

dem konsensualen Moment des Vertrages ein reales Element - der Antritt der Arbeit - hinzutreten. Das KVG - ein gleiches gilt für das IuAVG - knüpfte die Versicherungspflicht hiernach an den vollzogenen Arbeitsvertrag.[1)]

2. Eine tatsächliche Aufnahme der Arbeit wird zur Begründung des Beschäftigungsverhältnisses nicht für erforderlich gehalten. Dementsprechend hat der Braunschw.VGH entschieden,daß auch eine Beurlaubung vor Aufnahme der tatsächlichen Arbeit das Entstehen des Beschäftigungsverhältnisses nicht hindern kann.[2)] Dies soll jedenfalls dann gelten, wenn der Lohn schon vom Beginn des vereinbarten Dienstvertrages an ohne Rücksicht auf die Beurlaubung gezahlt wird und wenn der beurlaubte Arbeitnehmer zu diesem Zeitpunkt noch erwerbsfähig gewesen ist.
Begründet hat das Gericht seine Entscheidung damit, daß eine Beurlaubung vor Aufnahme der tatsächlichen Beschäftigung dem Beginn der Krankenversicherung nicht entgegenstehe, weil anderenfalls bei unmittelbar sich anschließenden Dienstverhältnissen eine Unterbrechung der Krankenversicherung eintreten würde. "Eine derartige Folge würde dem Sinne und der Absicht des Krankenversicherungsgesetzes, den wirtschaftlich Unselbständigen in Krankheitsfällen in tunlichst weitem Umfange zu schützen, widersprechen."[2)]
Auch in weiteren Entscheidungen kommt die grundsätzliche Einstellung der Rechtsprechung der damaligen Zeit zum Ausdruck,daß der Beginn des Beschäftigungsverhältnisses und damit der Versicherungsschutz nicht von der tatsächlichen Aufnahme der Arbeit abhängig gemacht werden kann.
So hat das OLG Frankfurt ebenfalls entschieden, eine Beschäftigung im Sinne des § 1 KVG könne auch mit einer Beurlaubung beginnen.[3)] Denn der Begriff der Beschäftigung im Sinne des Krankenversicherungsgesetzes sei nicht gleichbedeutend mit wirklicher Arbeitsleistung, sondern bedeute das der Regel nach auf einem Arbeitsvertrag beruhende, durch die Anstellung oder den Antritt zur Arbeit in Wirksamkeit getretene Verhältnis zwischen

1) Hahn, IuAVZ 1894, S.145, 146; OLG Celle, Reger Bd.19, S.373, 374
2) Braunschw. VGH, Reger Bd. 27, S.241 ff
3) OLG Frankfurt, Reger Bd.31, S.344 ff

Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Dieses Beschäftigungsverhältnis bestehe, sobald der Arbeitnehmer zur Verfügung des Arbeitgebers stehe, einerlei, ob aus irgendeinem Grunde eine tatsächliche Arbeitsleistung noch nicht stattfinde.
Das PrOVG hat gleichfalls den Beginn des versicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses nicht von der Aufnahme der faktischen Arbeit abhängig gemacht. Es hat den Eintritt eines Arbeinehmers in ein Beschäftigungsverhältnis bejaht, dem in den Vormittagsstunden des Einstellungstages die Dienstkleidung und die Dienstanweisung mit der Auflage übergeben worden waren, sich nachmittags zu melden, der dann aber zwischenzeitlich erkrankt war.[1)]
In den Entscheidungsgründen führt das PrOVG aus, maßgeblich sei nicht die Aufnahme der tatsächlichen Arbeit, wenn den Umständen nach anzunehmen sei, daß der Arbeiter sich bereits vor Beginn der Arbeitsleistung zur Verfügung halten müsse. Treffe letzteres zu, dann habe das Beschäftigungsverhältnis mit dem Zeitpunkt begonnen, von welchem ab der Arbeiter zur Verfügung des Arbeitgebers stehe.
In gleicher Weise hatten sich das OLG Frankfurt und der Braunschw.VGH in den vorgenannten Entscheidungen mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die Verfügungsmacht des Arbeitgebers und damit der Beginn des Beschäftigungsverhältnisses nicht durch die Beurlaubung auf einen späteren Zeitpunkt hinausgeschoben wird.
Der Braunschw.VGH verneint dies. Seiner Auffassung nach hat sich der Arbeitnehmer der Verfügungsmacht des Arbeitgebers bereits dadurch unterstellt, daß er an diesen mit der Bitte um Gewährung von Urlaub herangetreten ist. Auf Seiten des neuen Arbeitgebers soll die Verfügungsmacht über den Arbeitnehmer darin zum Ausdruck kommen, daß der Arbeitgeber über das Urlaubsgesuch eine Verfügung trifft.[2)]
Aus ähnlichen Gründen bejaht das OLG Frankfurt das Vorliegen der Verfügungsmacht. Wenn der Arbeitgeber von seiner Befugnis, über die Arbeitnehmer zu verfügen, keinen sofortigen Gebrauch macht, so stellt sich dies nach Ansicht des OLG Frankfurt le-

1) PrOVG Bd.48, 344 ff

2) ebenso wie die vorstehende Recntsprechung jetzt BSGE 26,124 und BSGE 29,30

diglich als eine Vergünstigung für die Arbeitnehmer dar, die das Verfügungsrecht des Arbeitgebers keineswegs ausschließt. Auch wenn das Beschäftigungsverhältnis mit einem Urlaub beginnt, so hält sich der betreffende Arbeitnehmer bereits zur Verfügung des Arbeitgebers, denn anderenfalls hätte es einer besonderen Befreiung nicht bedurft.
In einem weiteren von der Rechtsprechung entschiedenen Fall war dem Arbeitnehmer vom Arbeitgeber die Invalidenkarte mit der Weisung übergeben worden, am nächsten Morgen zu einer auswärtigen Arbeitsstelle abzureisen. Dieser Weisung konnte der Arbeitnehmer nicht nachkommen, da er zwischenzeitlich verunglückt war. Die Amtshauptmannschaft Grimma hat in diesem Fall entschieden, daß das Beschäftigungsverhältnis bereits mit der Aushändigung der Invalidenkarte begonnen hatte.[1)]

1) Amtshauptmannschaft Grimma, ArbVers.1910, S.33. In diesem Sinne hat auch das OLG Celle, Reger Bd.29, S.373, 374 entschieden, daß der tatsächliche Beginn der Arbeit nach dem ganzen Zweck der Bestimmung des § 19 Abs.2 KVG nicht gefordert werden könne. Der Beginn des Beschäftigungsverhältnisses wird ebenfalls in der Beantwortung einer Anfrage an die Redaktion der Zeitschrift "Die Arbeiterversorgung", ArbVers. 1899, S.579, sowie in der Stellungnahme dieser Redaktion zum Bescheid des Rates der Stadt Leipzig vom 10.10.1894, ArbVers. 1895, S.40, 41, behandelt. Ausgehend von der Annahme, daß das versicherungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis mit dem Moment der Vertragserfüllung beginnt, hat die Redaktion den Beginn des Beschäftigungsverhältnisses in dem Antritt einer Fahrt von Arbeitern aus der benachbarten Stadt zu einem Gut mit der Gutsfuhre gesehen. Diese Stellungnahme lehnt v.Frankenberg, ArbVers.1906, S.106 unter Zugrundelegung einer ausschließlich faktischen Betrachtungsweise ab, weil von einer Verfügungsmacht über die Einzustellenden auf der Anfahrt noch nicht gesprochen werden könne. Dem Fall, der dem Rat der Stadt Leipzig vorgelegen hatte, lag der folgende Sachverhalt zugrunde: Am Vorabend seines für den nächsten Tag vorgesehenen Arbeitsantritts traf der Arbeitnehmer beim Arbeitgeber ein. Am folgenden Tage konnte er infolge einer Verletzung die Arbeit nicht aufnehmen. Der Beginn des Beschäftigungsverhältnisses wird von der Redaktion in diesem Fall auf den Zeitpunkt des abendlichen Eintreffens des Arbeitnehmers vorverlegt.
Zum vorstehenden Fragenkreis hat Hahn, IuAVZ 1894, S.147, die Auffassung vertreten, daß die Beschäftigung eines Arbeitnehmers, der sich zum vereinbarten Termin zum Dienst meldet, im Sinne des KVG und des IuAVG auch dann beginnt, wenn er wegen einer Erkrankung, Beurlaubung oder Betriebsstörung seine wirkliche Tätigkeit erst später aufnimmt.
In seinem Kommentar zum KVG, 3.A., Bem.1e zu § 1 KVG, 6.A.,

Allen diesen Entscheidungen gemeinsam ist, daß nicht die tatsächliche Aufnahme der Arbeit für den Beginn des Beschäftigungsverhältnisses maßgebend ist. Dieses beginnt vielmehr bereits zu dem Zeitpunkt, in dem der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber zur Verfügung steht.
Zur Verfügung steht der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber nach dieser Rechtsprechung bereits dann, wenn er sich dem Willen des Arbeitgebers unterordnet, indem er um Urlaub nachsucht oder Weisungen im Hinblick auf Zeit und Ort der Arbeitsaufnahme entgegennimmt. Das Wesen des Beschäftigungsverhältnisses besteht daher in einer über eine obligatorische Verpflichtung hinausgehenden, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers in gewissen Grenzen erfassenden Bindung.[1)]
Hingegen wird faktischen Gesichtspunkten kein ausschlaggebender Einfluß auf die Rechtsnatur des Beschäftigungsverhältnisses eingeräumt. Unter Zugrundelegung faktischer Gesichtspunkte dürfte das Beschäftigungsverhältnis erst mit der tatsächlichen Arbeitsleistung bzw. mit dem tatsächlichen Bereitstehen der Arbeitskraft zur Disposition des Arbeitgebers beginnen. Im Falle der Beurlaubung vor Antritt der Arbeit kann aber nicht einmal von einem Bereitstehen der Arbeitskraft zur nachfolgenden Arbeitsaufnahme die Rede sein. In Wirklichkeit wird in diesem Fall bei allein faktischer Betrachtung der Zeitpunkt des Arbeitsantritts hinausgeschoben.

Bem.1e zu § 1 KVG äußert Hahn, selbst völlige Erwerbsunfähigkeit bei Übernahme einer Beschäftigung schließe den Beginn des Versicherungsverhältnisses nicht aus, wenn der Arbeiter rechtlich sofort zur Verfügung des Arbeitgebers steht und auch Lohn empfängt und nur eine tatsächliche Behinderung in der Ausübung der übernommenen Beschäftigung vorliegt.
Eine damit übereinstimmende Auffassung vertritt Hoffmann, Krankenversicherungsgesetz, 3. und 4.A., Bem.3e zu § 1 KVG: "Wird bei völliger Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit das Arbeitsverhältnis dennoch begonnen, indem der Arbeitgeber dem Erkrankten den Lohn auszahlt, oder der Erkrankte zur Verfügung des Arbeitgebers bleibt, so tritt die Versicherung in Kraft." Entgegen der Rechtsprechung zum Beginn des Beschäftigungsverhältnisses bei gleichzeitiger Gewährung eines Urlaubs ist v.Frankenberg der Ansicht, grundsätzlich sei die vollzogene Einstellung maßgeblich für den Beginn des Beschäftigungsverhältnisses. Er äußert daher Bedenken dagegen, daß im Falle der Beurlaubung vor Antritt der Beschäftigung die Krankenversicherung bereits mit dem für den Arbeitsantritt vereinbarten Zeitpunkt eintreten soll, vgl. hierzu v.Frankenberg, ArbVers.1906, S.107, 108; gegen v.Frankenberg Braunschw.VGH, Reger Bd.27, S.242, 243.

1) Hahn, IuAVZ 1894, S.146

Wenn die Rechtsprechung zum Beginn des Beschäftigungsverhältnisses dennoch den Beginn des Beschäftigungsverhältnisses auf den Zeitpunkt der vereinbarten Arbeitsaufnahme vorverlegt, so richtet sie sich nach zivilrechtlichen und nicht nach faktischen Maßstäben im Sinne einer tatsächlichen Arbeitsaufnahme.Diese Rechtsprechung zum KVG läßt daher eine faktische Bestimmung der Rechtsnatur des Beschäftigungsverhältnisses nicht zu.

3. Zur Einwirkung von Arbeitsunterbrechungen auf das Beschäftigungsverhältnis liegt eine reichhaltige Rechtsprechung, insbesondere des PrOVG vor, die der tatsächlichen Seite des Beschäftigungsverhältnisses, dem Fortbestehen der tatsächlichen Verfügungsmacht, keine Bedeutung zumißt. In einer Vielzahl von Fällen macht sie den Fortbestand des Beschäftigungsverhältnisses von der Fortdauer des privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses abhängig.
In seiner Entscheidung vom 5.3.1896 hatte das PrOVG[1] darüber zu befinden, ob ein arbeitsunfähig gewordener Arbeitnehmer weiterhin als beschäftigt im Sinne des KVG gilt. Das PrOVG führt hierzu aus, um versichert zu sein, müsse der Arbeitnehmer auf Grund eines "lästigen" Vertrages tätig sein. Nach Begründung der Versicherung ist eine ununterbrochene Fortsetzung der Beschäftigung nicht erforderlich, "wenn nur das kontraktliche Arbeitsverhältnis weiter besteht." "Weder Urlaub noch Krankheit oder Arbeitsunfähigkeit heben die Beschäftigung im Sinne des Gesetzes auf, sie lösen das Arbeitsverhältnis gesetzlich nicht. Dieses Verhältnis kann fortbestehen, auch wenn die Tätigkeit des Arbeiters durch Krankheit und Arbeitsunfähigkeit unterbrochen wird. Es muß also als beschäftigt im Sinne des Krankenversicherungsgesetzes auch derjenige gelten, dessen Arbeitskraft dem Arbeitgeber vertragsmäßig während der Arbeitsunfähigkeit zur Verfügung steht, der zu dem Arbeitgeber während dieses Zustandes noch weiter in einem Arbeitsverhältnis steht."
Das Gericht stützt seine Entscheidung auf ein Urteil des Bad.LG Karlsruhe[2] sowie auf eine Entscheidung des LG Düsseldorf vom

1) PrOVG Bd.29, 344, 345, 346
2) Bad.LG Karlsruhe, ArbVers.1892, S.182, 183

5.12.1890.[1] Das LG Düsseldorf hat ebenfalls entschieden, daß die Erwerbsunfähigkeit als solche nicht das Beschäftigungsverhältnis beendet. "Zu dem Austritt aus der Beschäftigung gehört vielmehr vor allem die Lösung des Arbeitsverhältnisses, und dazu bedarf es einer Willenserklärung von Seiten des Arbeiters oder Arbeitgebers."
Der tatsächlichen Verfügungsmacht mißt das PrOVG keine Bedeutung zu, ihr Vorliegen wird nicht erörtert. Allein das Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses entscheidet über die Fortdauer des Beschäftigungsverhältnisses.
Die Entscheidung des PrOVG wird in einem Erlaß des preußischen Ministers der öffentlichen Arbeiten ausdrücklich bestätigt.[2] Der Erlaß geht davon aus, daß das Beschäftigungsverhältnis im Sinne des KVG fortbesteht, wenngleich die Tätigkeit des Arbeitnehmers unterbrochen wird, wenn nur der Wille der Arbeitsvertragsparteien auf die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach Beendigung der Unterbrechung gerichtet bleibt.
Bestätigt wird die Entscheidung des PrOVG vom 5.3.1896 auch durch eine weitere Entscheidung desselben Gerichts vom 2.5.1900.[3] In dieser Entscheidung führt das PrOVG aus, da lediglich die rechtliche Möglichkeit bestanden habe, das Arbeitsverhältnis der in Betracht kommenden Arbeitnehmer infolge ihrer Erkrankung zu lösen und da von dieser Möglichkeit kein Gebrauch gemacht worden sei, habe das "Arbeitsverhältnis" (gemeint ist das der Versicherungspflicht zugrunde liegende Rechtsverhältnis) fortbestanden.
Auch in der Entscheidung des PrOVG vom 4.7.1900 wird der tatsächlichen Verfügungsmacht keine Aufmerksamkeit geschenkt.[4] In der Entscheidung wird ausgeführt: "Es ist mit dem Gesetz sehr wohl vereinbar, auch an Werktagen, an denen Arbeit tatsächlich nicht zu leisten ist und nicht geleistet wird, sei es aus Gründen in der Person des Arbeitgebers, z.B. Betriebsstörung, sei es aus Gründen in der Person des Arbeiters, z.B. Urlaub, den Versicherungszwang mit der sich hieraus ergebenden Pflicht zur

1) LG Düsseldorf, ArbVers.1891, S.72, 73
2) Reger, Bd.18, S.179, 180, 181
3) PrOVG, Reger Bd.20, S.454 ff, 455, 456
4) PrOVG Bd.37, 382 ff, 388, 389

Zahlung der Kassenbeiträge auch für die Zeit der Unterbrechung der Arbeitsleistung als fortdauernd zu erachten, sofern nur Einverständnis zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeiter darüber herrscht, daß der Arbeitsvertrag unberührt bleibt und der Arbeiter inzwischen und nach Ablauf der Unterbrechung zur Verfügung des Arbeitgebers steht." Da in dem zur Entscheidung anstehenden Fall nicht feststand, ob die Fortdauer des Arbeitsverhältnisses von den Parteien trotz Einstellung der Arbeit beabsichtigt war und ob dies insbesondere auch für den Tag der Erkrankung des betreffenden Arbeitnehmers zutraf, wurde der Rechtsstreit zur erneuten Aufklärung an die Vorinstanz zurückverwiesen.

In einer weiteren Entscheidung zur Unterbrechung der tatsächlichen Arbeit infolge einer Erkrankung wird dargelegt, "es war insbesondere auch gerechtfertigt, aus der Nichtlösung des Arbeitsvertrages vor dem 1.10.1897 zu folgern, daß bis dahin die die Zwangsmitgliedschaft...begründende Beschäftigung...fortgedauert hat, obwohl tatsächlich...nicht mehr gearbeitet worden ist."[1)]

Nach dieser ständigen Rechtsprechung des PrOVG[2)] entscheidet somit bei der Unterbrechung der tatsächlichen Arbeit das Fortbestehen des Arbeitsvertrages über die Fortdauer des Beschäftigungsverhältnisses.

Selbst das zeitweilige vollständige Übergehen der tatsächlichen Verfügungsmacht auf einen anderen Arbeitgeber steht dem Fortbestand des Beschäftigungsverhältnisses nicht entgegen, soweit der eigentliche Arbeitgeber sein Einverständnis hiermit erklärt.[3)]

Seit der Entscheidung vom 4.7.1900 verlangt das PrOVG neben dem Einverständnis, daß der Arbeitsvertrag unberührt bleiben soll, außerdem, daß der Arbeiter während und nach der Unterbrechung

1) PrOVG Bd.39, 320, 321

2) vgl. auch PrOVG, Reger Bd.23, S.242, 243; ArbVers.1904, S.148, 149; Reger Bd.27, S.243, 244; Warn.Rspr.08, S.14, Nr.29 = IuAVZ 18, S.76

3) PrOVG, Reger Bd.23, S.242, 243, 244 (In diesem Fall betrieb der Arbeitgeber ein Möbeltransportunternehmen, in dem er seine Arbeiter nur mit Unterbrechungen beschäftigen konnte.)

zur Verfügung des Arbeitgebers steht. Riechels meint, diese Formulierung weise eine Tendenz zur tatsächlichen Verfügungsmacht auf, die aber synonym mit dem tatsächlichen Arbeitsverhältnis gedacht werde.[1)]

Die von Riechels gegebene Deutung ist unzutreffend. Mit der vorstehenden Formulierung ist lediglich die rechtliche Verfügungsmacht gemeint. Denn in seiner Entscheidung vom 5.3.1896 hat das PrOVG bereits ähnlich, aber unmißverständlicher formuliert: "Es muß aber auch derjenige als beschäftigt im Sinne des KVG gelten, dessen Arbeitskraft dem Arbeitgeber vertragsgemäß während der Arbeitsunfähigkeit zur Verfügung steht."[2)] Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, daß das PrOVG hiervon in den späteren Entscheidungen, wenn auch nur in Nuancen, abweichen wollte.

In einer Entscheidung zur Erkrankung industrieller Arbeiter bei vorübergehender Beschäftigung in der Landwirtschaft hat der Bayr.VGH[3)] ausgeführt: "es würde mit der wohlwollenden Tendenz der sozialpolitischen Gesetzgebung geradezu unvereinbarlich erscheinen, wenn man einem ständigen gewerblichen Arbeiter, welcher ohne Auflösung seines gewöhnlichen Arbeitsverhältnisses lediglich vorübergehend und unter Umständen nur ganz kurze Zeit eine land- oder forstwirtschaftliche Betätigung ausübt und hierbei verunglückt, die volle Krankenunterstützung nach § 6 Abs.1 Ziff.1 und 2 KVG versagen würde." Aus dem Grundsatz, daß das Beschäftigungsverhältnis als solches nicht nur Zeiten tatsächlicher Arbeit umfaßt, folgert der VGH, daß Unterbrechungen der tatsächlichen Arbeitsleistung während der Dauer eines versicherungspflichtigen Arbeitsverhältnisses die Krankenversicherung nicht unterbrechen können.

Faktische Gesichtspunkte wie das Fortbestehen der tatsächlichen Verfügungsmacht sind somit auch nach Ansicht des Bayr.VGH nicht relevant. Entscheidend ist auch nach Ansicht dieses Gerichts das Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses.

In zwei weiteren Entscheidungen desselben Gerichts heißt es, wenn einmal die Betriebstätigkeit begonnen habe, so lösen kürzere Unterbrechungen der Arbeit das begonnene Beschäftigungs-

1) Riechels, ZSR 1962, S.78
2) PrOVG Bd.29, 334 ff
3) Bayr.VGH v.17.6.1895, Reger Bd.16, S.165

verhältnis nicht auf, wenn nur der Wille der Beteiligten auf die Fortsetzung des Lohnverhältnisses nach Beendigung der Unterbrechung gerichtet bleibe.[1)]

Das Best-ehen der Versicherungspflicht wird gleichfalls von dem Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses abhängig gemacht, wie insbesondere auch daran ersichtlich wird, daß der Gerichtshof in beiden Entscheidungen Erhebungen darüber anstellt, ob mit der Unterbrechung der Arbeit eine Entlassung der betreffenden Arbeitnehmer einhergegangen ist und ob diese selbst ihr Arbeitsverhältnis während der Arbeitsunterbrechung als fortdauernd betrachtet haben. Damit übereinstimmend wird in der Entscheidung vom 19.12.1898 zur Entgeltlichkeit bemerkt, bei einer Unterbrechung der Arbeitsleistung sei es nicht ausgeschlossen, daß ein versicherungspflichtiges Arbeitsverhältnis auch ohne Lohnbezug fortbestehe. Es komme auch hier auf die Intention der Beteiligten und auf das Arbeitsverhältnis an.

In diesen Entscheidungen werden das Arbeits- und das Beschäftigungsverhältnis somit wie in der Rechtsprechung des PrOVG als kongruente Begriffe angesehen.

Dies geschieht ebenfalls in einer weiteren Entscheidung, in der der Bayr.VGH ausführt, beschäftigt im Sinne des KVG seien auch jene Personen, welche tatsächlich (z.B. wegen Erkrankung oder Beurlaubung) Betriebsarbeiten nicht verrichteten, ohne jedoch aus dem Beschäftigungsverhältnis entlassen zu sein.[2)] An dieser Rechtsprechung hat der Bayr.VGH auch in den weiteren Entscheidungen konsequent festgehalten, indem er den Fortbestand des Versicherungsverhältnisses jeweils davon abhängig machte, ob das Arbeitsverhältnis nach Absicht der Parteien während der Unterbrechung fortdauerte oder gelöst war.[3)] Damit übereinstim-

1) Bayr.VGH v.19.12.1898, Reger Bd.19, S.330; E.v.21.11.1904, Reger Erg.Bd.III, S.270, 271

2) Bayr.VGH v.23.12.1907, Warn.Jahrb.der Entscheidungen, C. Öffentliches Recht, 1909, S.7

3) vgl. Bayr.VGH v.20.5.1912, Breithaupt 1912-13, S.247, 248,250 (Fortdauer des Beschäftigungsverhältnisses während einer Einberufung zu einer 14-tägigen Militärdienstübung); Bayr.VGH v. 23.6.1913, Breithaupt 1913-14, S.550 (Fortdauer des Beschäftigungsverhältnisses trotz Arbeitseinstellung infolge von Schwangerschaft für einen Zeitraum von 12 Wochen); Bayr.VGH v.8.3.1915, Reger Bd.35, S.474 ff (Fortdauer des Beschäftigungsverhältnisses während einer Erkrankung infolge Nichtlösung des Arbeitsverhältnisses).

mend führt das Bayr.LVA in der grundsätzlichen Entscheidung vom 30.11.1914, die bereits zur RVO ergangen ist, aus, nicht die tatsächliche Arbeitsleistung, sondern das Bestehen eines Beschäftigungs- oder Vertragsverhältnisses sei maßgeblich.[1] Dieses bestehe, solange der Arbeitnehmer rechtlich oder tatsächlich zur Verfügung des Arbeitgebers stehe. Unterbrechungen der tatsächlichen Arbeit lösten für sich allein nicht das Beschäftigungsverhältnis und die auf ihm beruhende Versicherung, wenn nach dem Willen beider Teile der Arbeitnehmer über die Unterbrechung der tatsächlichen Beschäftigung hinaus zur Verfügung des Arbeitgebers bleibe.

Auch der Württemb.VGH hat aus dem Fortbestand des zivilrechtlichen Arbeitsverhältnisses die Fortdauer des Beschäftigungsverhältnisses gefolgert. In seiner Entscheidung vom 30.3.1912 hat der Verwaltungsgerichtshof festgestellt, maßgeblich sei, ob es sich bei der Einstellung der Arbeit um eine nur vorübergehende Unterbrechung unter Wahrung des Fortbestands des Arbeitsverhältnisses handle, ob also stillschweigend oder ausdrücklich die Fortsetzung der Beschäftigung nach der Arbeitspause, bei Eintritt günstigerer Witterung, nach den Festtagen usw. seitens der Beteiligten in Aussicht genommen sei. Treffe dieses zu, so müsse auch die Fortdauer des Beschäftigungsverhältnisses über die einzelnen Unterbrechungen und Pausen der Arbeit angenommen werden.[2]

Bereits zuvor hatte das Württemb.Ministerium des Inneren in einem Erlaß entschieden, daß für die Dauer der Krankenversicherung nicht die Dauer der tatsächlichen Arbeitsleistung, sondern diejenige des Arbeitsverhältnisses maßgebend ist.[3]

In Anlehnung an Rosin[4] führt der Bad.VGH aus, ein Beschäfti-

1) Bayr.LVAmt v.30.11.1914, Reger Bd.36, S.57

2) Württemb.VGH, Breithaupt 1913-14, S.257; auf die Fortdauer des Arbeitsverhältnisses haben ebenfalls die Kreisregierung Reutlingen in der Entscheidung v.20.7.1894 sowie der Württemb.VGH in der Entscheidung v.19.12.1894 abgestellt, vgl. hierzu Petersen, Krankenversicherungsgesetz, Bem.3 IV r zu § 1 KVG.

3) Erlaß des württemb.Ministeriums des Inneren v.6.4.1891, Reger Bd.11, S.301, 302

4) vgl. Rosin, Recht der Arbeiterversicherung I, S.177: "Die Beschäftigung als Arbeitsverhältnis besteht auch, "wenn bei Urlaub, zeitweiser Einstellung des Betriebes, Krankheit des Arbeiters der Arbeiter nicht entlassen wird, sondern die Verfügung über die Arbeitskraft zwar ruht, aber in gegenseitiger Willensübereinstimmung gewahrt bleibt."

gungsverhältnis werde nicht schon mit dem Aufhören der tatsächlichen Beschäftigung gelöst, sondern es sei zur Aufhebung desselben auch noch ein entsprechender Wille - sei es auf der einen, sei es auf der anderen, oder sei es auf beiden Seiten - erforderlich. Wo aberdie Fortdauer des Beschäftigungsverhältnisses in dem übereinstimmenden beiderseitigen Willen gelegen und diese gegenseitige Willensübereinstimmung ausdrücklich erklärt oder mit Sicherheit aus entsprechenden Tatsachen zu entnehmen sei, werde durch ein zeitweises Einstellen oder Aussetzen der Beschäftigung das einmal begründete Verhältnis nicht aufgelöst.[1)]
In den späteren Entscheidungen desselben Gerichts wird die Fortdauer des Beschäftigungsverhältnisses davon abhängig gemacht, ob das Beschäftigungsverhältnis von beiden Teilen förmlich gelöst oder ob nur dessen spätere Wiederanknüpfung in Aussicht genommen ist.[2)] Liegt eine Vereinbarung vor, die den Arbeitnehmer verpflichtet, nach Fortfall des Unterbrechungsgrundes wieder zur Verfügung des Arbeitgebers zu stehen, so wird das Beschäftigungsverhältnis nicht unterbrochen.[3)]
Ausschließlich unter arbeitsvertraglichen Gesichtspunkten wird der Begriff des Beschäftigungsverhältnisses in der Entscheidung des Bad.VGH vom 17.6.1902 bestimmt. In dieser Entscheidung wird ausgeführt, auch bei längerer Unterbrechung der Arbeit und Einstellung der Lohnzahlung könne das Arbeitsverhältnis (= Beschäftigungsverhältnis) fortbestehen, "wenn nur die Parteien darüber einig sind, daß die gegenseitigen Vertragsverpflichtungen nicht endgültig aufgehoben sind, wenn also eine vertragsmäßige Sicherung für die Fortsetzung der Beschäftigung besteht."[4)]
In weiteren Bescheiden bzw. Entscheidungen des Landrats zu Halberstadt,des LG

1) Bad.VGH v.28.9.1893, ArbVers.1894, S.614, 615; Bad.VGH v.24.11.1901, Reger Bd.22, S.51, 52. In der Entscheidung v.13.3.1900, zitiert bei Petersen, Krankenversicherungsgesetz, Bem. 3 IV x zu § 1 KVG, stellt der Bad.VGH ebenfalls darauf ab, ob das Arbeitsverhältnis von den Parteien als fortdauernd betrachtet wird.

2) Bad.VGH v.12.12.1905, Reger Bd.27 S.86, 87; Bad.VGH v.27.11.1906, Reger Bd.27, S.394, 395; Bad.VGH v.23.4.1907, Reger Bd.28, S.56

3) Bad.VGH v.23.4.1907, Reger Bd.28, S.56; Bad.VGH v.27.11.1906, Reger Bd.27, S.394, 395

4) Diese Entscheidung ist bei Ernst Behr, Die Rechtsprechung des Großherzoglich Badischen Verwaltungsgerichtshofes, Dritter Teil, Nr.1563, S.983 abgedruckt.

Elberfeld und des RG werden das Arbeits- und das Beschäftigungsverhältnis ebenfalls als kongruent angesehen. In der Bekanntmachung des Landrats zu Halberstadt heißt es: "Ein Arbeits- oder Dienstverhältnis besteht so lange, als ein Arbeits- oder Dienstvertrag vorliegt, auch in denjenigen Zeiten, in denen vorübergehend infolge von Krankheit, Beurlaubung, Arbeitsmangel usw. nicht gearbeitet wird."[1)]

Das LG Elberfeld macht die Fortdauer des Beschäftigungsverhältnisses trotz einer Einberufung zu militärischen Dienstleistungen davon abhängig, ob infolge der Einberufung die Rechtsbeziehungen zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer gelöst worden sind oder nicht.[2)]

Zur Frage der Einwirkung von Arbeitsunterbrechungen auf das Beschäftigungsverhältnis führt das RG aus, unter Beschäftigung im Sinne des KVG sei das Beschäftigungsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu verstehen, welches auf dem zwischen beiden abgeschlossenen Arbeitsvertrag beruht und welches den Arbeitgeber berechtigt, über die Arbeitskraft des Arbeitnehmers zu verfügen. "Eine Unterbrechung des Beschäftigungsverhältnisses durch Urlaub, zeitweise Einstellung des Betriebes oder dergl. hebt dieses nicht auf, wenn nach dem Willen beider Teile der Arbeiter über die Unterbrechung hinaus zur Verfügung des Arbeitgebers bleiben soll."[3)]

In zwei weiteren Entscheidungen des Braunschw.VGH und des Sächs. VGH wird auf den Fortsetzungswillen abgestellt. Dementsprechend soll eine Arbeitsunterbrechung das Beschäftigungsverhältnis nicht aufheben, sobald die, wenn auch nicht rechtsverbindliche Absicht der Parteien dahin geht, daß der Arbeitnehmer nach der Unterbrechung wieder zur Verfügung des Arbeitgebers stehen soll[4)] bzw. wenn auf die Fortdauer des bestehenden Beschäftigungsverhältnisses trotz der Unterbrechung gerechnet

1) Bekanntmachung v.15.6.1892, ArbVers.1892, S.458

2) LG Elberfeld v.21./28.4.1902, ArbVers.1903, S.335, 336

3) RG v.23.4./17.5.1907, Warn.Jahrb. der Entscheidungen, C. Arbeiterversicherungsrecht 1908, S.5; so ebenfalls der Braunschw.VGH in seiner Entscheidung v.14.11.1906, Reger Bd.27, S.241, 242.

4) Braunschw.VGH v.5.6.1907, Reger Bd.27, S.391

werden kann.[1) 2)]

Zusammenfassend muß festgestellt werden, daß die Rechtsprechung zum KVG tatsächlichen Gesichtspunkten, wie dem Fortbestehen der tatsächlichen Verfügungsmacht, bei der Frage der Einwirkung von Unterbrechungen der tatsächlichen Arbeit auf das versicherungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis keinerlei Beachtung geschenkt hat.

Das Arbeitsverhältnis und das Beschäftigungsverhältnis werden

1) Sächs.OVG v.25.10.1905, Warn.Jahrb. der Entscheidungen, C. Arbeiterversicherung 1908, S.6

2) Mit dem vorstehenden Fragenkreis hat sich auch die Redaktion der Arbeiterversorgung, ArbVers.1892, S.565, im Hinblick auf § 17 Abs.2 IuAVG befaßt. Dort wird ausgeführt, daß das Beschäftigungsverhältnis auch bei einer Erkrankung oder mehrwöchigen Übung bestehen bleibt, da das Arbeitsverhältnis gesetzlich nur durch eine Kündigung zu einem bestimmten Termin gelöst werden kann. Auch während dieser Zeiten bestehe die rechtliche Verfügungsmacht fort. Eine Ausnahme wird lediglich für den Fall der vertragswidrigen Lösung des Arbeitsverhältnisses gemacht.
Das Ineinandergreifen von vertraglichem Arbeitsverhältnis und Beschäftigungsverhältnis ist auch für die Auffassung von Rosin, ArbVers.1893, S.97, 100, kennzeichnend. Nach Ansicht von Rosin besteht das Beschäftigungsverhältnis bei Unterbrechungen der tatsächlichen Arbeit fort, sofern das Arbeitsverhältnis nicht gelöst wird oder von Rechts wegen gelöst werden kann, und sofern eine anderweitige Verwertung der Arbeitskraft in der Zwischenzeit von den Parteien übereinstimmend nicht in Aussicht genommen wird.
Diese nahezu arbeitsrechtliche Einordnung des Beschäftigungsverhältnisses schränkt Rosin durch eine analoge Übertragung von besitzrechtlichen Vorstellungen auf das Beschäftigungsverhältnis ein. Der Analogie liegt die Auffassung zugrunde, daß bei einem auf Dauer angelegten Arbeitsverhältnis der Arbeitsvertrag die Person als solche erfaßt und einen dem Sachbesitz analogen Besitz an der Arbeitskraft begründet, der bei Unterbrechungen der tatsächlichen Arbeit unter den genannten Voraussetzungen erhalten bleibt.
Da diese Analogie mit einer Einstufung des Beschäftigungsverhältnisses als einem auf privatrechtlichen Willenserklärungen beruhenden Rechtsverhältnis unvereinbar ist, wurde Rosin vorgeworfen, an diesem Vergleich sei zu bemängeln, daß der Sachbesitz im Rechtssinne ein rein tatsächliches Verhältnis sei und die bloße faktische Herrschaft ohne ein Recht hierzu verkörpere. Demgegenüber sei das Beschäftigungsverhältnis ein Rechtsverhältnis, weil die Verfügungsmacht über die Arbeitskraft des Arbeitnehmers auf einem Arbeitsvertrag beruhen muß; vgl. zu dieser Kritik Hahn, IuAVZ 1894, S.146.

überwiegend als identisch behandelt, indem die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses ausschlaggebend für das Fortbestehen des Beschäftigungsverhältnisses ist. Auch soweit die Fortdauer des Beschäftigungsverhältnisses an Hand des beiderseitigen Fortsetzungswillens festgestellt wird, wird damit nicht an faktische Vorstellungen vom Wesen des Beschäftigungsverhältnisses angeknüpft. Denn in keinem Fall ist der Fortsetzungswille auf die Aufrechterhaltung der tatsächlichen Verfügungsmacht gerichtet. Bezugspunkt des Fortsetzungswillens ist vielmehr die Aufrechterhaltung des der Beschäftigung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses. Auch nach dieser Auffassung besteht daher eine Kon-gruenz zwischen dem Arbeits- und dem Beschäftigungsverhältnis.

4. Die Grundsätze, die die Rechtsprechung zum Beginn und zum Fortbestand des Beschäftigungsverhältnisses bei Unterbrechungen der tatsächlichen Arbeit entwickelt hat, müssen in gleicher Weise auf die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses Anwendung finden. Das Beschäftigungsverhältnis als ein auf einer Willensübereinstimmung bzw. auf dem Arbeitsvertrag beruhendes Rechtsverhältnis endet daher nicht schon dann, wenn der Arbeitgeber von den ihm zur Verfügung stehenden Diensten des Arbeitnehmers keinen Gebrauch macht und eine tatsächliche Beschäftigung nicht erfolgt.[1)]
Die Auflösung des Beschäftigungsverhältnisses setzt daher nach Auffassung der Rechtsprechung zum KVG eine Bekundung des hierauf gerichteten Willens voraus.[2)]

1) Entscheidung des sächs.Ministeriums des Inneren v.1.11.1899, Reger Bd.20, S.34, 35; Auskunft in der Zeitschrift "Die Arbeiterversorgung", ArbVers.1895, S.655, Nr.8; KG v.14.11. 1902, Reger Bd.24, S.76, 77; Sächs.OVG v.7.1.1903, Reger, Bd.24, S.312, 313: "Die Fortdauer der Kassenmitgliedschaft hängt...nicht sowohl von der tatsächlichen Beschäftigung des Arbeiters, als vielmehr von dem Fortbestehen oder der Auflösung des Arbeitsverhältnisses ab."

2) LG Düsseldorf v.3.5.1889, ArbVers.1889, S.471, 472, 473; Bayr.VGH v.14.2.1890, Reger Bd.11, S.40,41; LG Düsseldorf v. 5.12.1890, ArbVers.1891, S.72, 73; Bad.VGH v.28..9.1893, Arb Vers.1894, S.614, 615; Bayr.VGH v.7.3.1904, Reger Bd.25, S.73 ff, 76; Bayr.VGH v.18.3.1907, Reger Bd.27, S.396, 397; Bad.VGH v.20.6.1911, Reger Bd.31, S.322, 323; Bayr.VGH v.23. 6.1913, Reger Bd.34, S.108, 109, 110; Württemb.VGH v.19.12. 1894, Reger Bd.15, S.398, 401; Hess.VGH v.6.1.1912, Breithaupt 1913-14, S.76

Diese Bekundung muß aber nicht in Gestalt einer ausdrücklichen Erklärung vorgenommen werden, sie kann auch durch eine konkludente Handlung erfolgen.[1)]

Einer Aufkündigung des Beschäftigungsverhältnisses auf Seiten des Arbeitgebers bedarf es dann nicht, wenn der Arbeitnehmer eigenmächtig nicht zur Arbeit erscheint. "Die Einstellung der Arbeit hat die Lösung des Beschäftigungsverhältnisses zur Folge, wenn sie seitens des Arbeiters eigenmächtig erfolgt und also nicht mit Zustimmung des Arbeitgebers und den Umständen nach auch nicht mit dem Vorbehalt stattfindet, daß der Arbeiter inzwischen zur Verfügung des Arbeitgebers steht."[2)]

Ohne eine ausdrückliche Entlassung endet das Beschäftigungsverhältnis auch dann, wenn die Vertragsparteien das Beschäftigungsverhältnis als aufgehoben betrachten.[3)]

Das neben dem konsensualen Element der Willensübereinstimmung im Begriff des Beschäftigungsverhältnisses auftretende reale Moment, daß sich darin äußert, daß das Beschäftigungsverhältnis die Persönlichkeit des Arbeitnehmers in gewissen Grenzen erfaßt, entfällt naturgemäß, wenn der Arbeitsvertrag gelöst wird. Dies muß in gleicher Weise bei einer vertragswidrigen Lösung des Arbeitsverhältnisses gelten.

In den Fällen der kontraktwidrigen Lösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber oder Arbeitnehmer hat das PrOVG daher entschieden, daß das Beschäftigungsverhältnis mit der vertragswidrigen Auflösung sein Ende findet.[4)] Dabei wird darauf

1) Württemb.VGH v.19.12.1894, Reger Bd.15, S.398, 401; Württemb. VGH v.10.7.1901, Reger Bd.22, S.216, 218

2) PrOVG v.28.3.1912, Breithaupt 1913-14, S.307, 308

3) PrOVG v. 2.10.1913,Breithaupt 1914-15, S.17

4) PrOVG v.1.12.1900, Bd.38, 317,320,321; PrOVG v.28.3.1912, Reger Bd.33, S.84. Diese Rechtsprechung beruft sich auf Rosin, Recht der Arbeiterversicherung,I, S.175, Anm.5: "Die Beschäftigung hört auf mit Eintritt eines erklärten Kontraktbruches der Arbeiter, obgleich die Forderung des Arbeitgebers rechtlich nicht dadurch berührt wird. Auch umgekehrt für den Fall kontraktwidriger Entlassung des Arbeiters durch den Arbeitgeber muß das Gleiche trotz des für den Arbeiter bestehenden Rechtsanspruchs behauptet werden: animo in contrario acto kann kein Besitz entstehen." Dieser Auffassung stimmten Hahn, Krankenversicherungsgesetz, 3.A., Bem.1e zu § 1 KVG; Hoffmann, Krankenversicherungsgesetz, 3.u.4.A., Bem.3d zu § 1 KVG und Piloty-Redenbacher, Arbeiterversicherungsgesetze, Bem.3 zu § 1 KVG zu.

abgestellt, daß das Beschäftigungsverhältnis nicht ausschließlich rechtlicher, sondern zu einem wesentlichen Teil tatsächlicher Natur ist.[1)]

In einer späteren Entscheidung, in der eine "Hausschwangere" von der Krankenhausverwaltung bis zu ihrer Überführung in die Entbindungsabteilung beschäftigt wurde, untersucht das PrOVG[2)], bis zu welchem Zeitpunkt die Verwaltung diese Arbeitnehmerin mit häuslichen Arbeiten beschäftigen wollte. Es führt dazu aus, mit dem Zeitpunkt der Überführung in die Entbindungsabteilung habe die Beschäftigung der Schwangeren im Dienste des Krankenhauses geendet, dies sei eine beim Eintritt in das Krankenhaus ausdrücklich oder stillschweigend abgemachte Bedingung gewesen.

"Die Beschäftigung" - so heißt es an anderer Stelle - "in einem versicherungspflichtigen Betriebe im Sinne des § 1 KVG selbst endet mit dem Zeitpunkt, in dem das Arbeits- oder Dienstverhältnis wirklich gelöst, tatsächlich und rechtlich aufgehoben wird."

Die getroffenen tatsächlichen Feststellungen, aus denen die Beendigung des versicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses gefolgert wird, wären überflüssig, wenn bereits die einseitige Aufkündigung das Beschäftigungsverhältnis beendet, wie dies in der Entscheidung vom 1.12.1900 angenommen wurde. Die Vereinbarung einer auflösenden Bedingung hätte sich in diesem Fall erübrigt. Offenbar tendiert das PrOVG in dieser Entscheidung dazu, den arbeitsvertraglichen Abmachungen auch im Hinblick auf die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses größeres Gewicht einzuräumen.

Entgegen der Rechtsprechung des PrOVG läßt der Bad.VGH eine einseitige Erklärung des Arbeitgebers nicht genügen, um das Beschäftigungsverhältnis zu beenden. So wird in der Entscheidung dieses Gerichts vom 26.1.1887 ausgeführt: "Zur Ausscheidung aus dem Arbeitsverhältnis gehört eine Handlung des Arbeitgebers oder Arbeiters, welche nach dem Arbeitsvertrage oder dem Gesetze diese Wirkung hat. In Ermangelung eines solchen das Beschäftigungsverhältnis lösenden Rechtsaktes blieb R. daher Mitglied der gemeinsamen Ortskrankenkasse...".[3)]

1) PrOVG Bd.38, 320
2) PrOVG v.1.4.1913, Breithaupt 1913-14, S.430. 431
3) Bad.VGH v.26.1.1887, Reger Bd.8, S.216

In einer weiteren Entscheidung wird festgestellt, daß das Beschäftigungsverhältnis aufhört, sobald es durch gegenseitige Einwilligung aufgelöst wird und der Beschäftigte nach Befriedigung seiner aus dem Arbeitsverhältnis entspringenden Ansprüche aus der Beschäftigung austritt.[1)]
In der Entscheidung des Bad.VGH vom 15.10.1912 wird an dieser Rechtsauffassung festgehalten. In den Entscheidungsgründen wird ausgeführt: "Das damit begründete gewerbliche Arbeitsverhältnis dauerte solange fort, bis seine Aufhebung im Wege der Vereinbarung oder der Kündigung nach Maßgabe der Bestimmungen des bürgerlichen Rechts oder aber im Wege der einseitigen Auflösung auf Grund der §§ 123, 124, 124a GewO erfolgte."[2)]
Nach der Rechtsprechung des Bad.VGH kann das Beschäftigungsverhältnis daher nur unter den Voraussetzungen des Bürgerlichen Rechts aufgelöst werden. Eine einseitige Auflösung ist nur für den Fall einer gesetzlichen Gestattung zulässig. Unterschiede zwischen dem Arbeits- und dem Beschäftigungsverhältnis werden nicht gemacht, beide werden als identisch angesehen.
Die Rechtsauffassung des Bad.VGH wird vom Kammergericht geteilt. Zur Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses eines Akkordarbeiters verlangt das KG mangels einer vertraglich vereinbarten Kündigungsfrist die Einhaltung der 14-tägigen Kündigungsfrist des § 122 GewO.[3)]
Die Rechtsprechung zur Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses nach dem KVG geht somit nicht von einheitlichen Grundsätzen aus. Nicht alle Gerichte teilen die Auffassung, daß das Beschäftigungsverhältnis mit dem Arbeitsverhältnis identisch ist und daß der Arbeitsvertrag über das Ende des Beschäftigungsverhältnisses entscheidet. Die Unterschiede beruhen darauf, daß das Beschäftigungsverhältnis von Teilen der Rechtsprechung nicht nur unter konsensualen, sondern auch unter realen Gesichtspunkten gesehen wird.
Andererseits gehen jedoch die hier behandelten Entscheidungen einheitlich davon aus, daß das Beschäftigungsverhältnis ein Rechtsverhältnis ist und nicht lediglich ein bloßes faktisches

1) Bad.VGH v.10.10.1895, Reger Bd.16, S.375, 377
2) Bad.VGH v.15.10.1912, Reger Bd.33, S.263, 264
3) KG v.14.11.1902, Reger Bd.24, S.76, 77

Beziehungsverhältnis. Das Beschäftigungsverhältnis kann auch nach Auffassung der Rechtsprechung, die arbeitsvertraglichen Gesichtspunkten keine ausschließliche Maßgeblichkeit im Bereich des Beschäftigungsverhältnisses einräumt, nur mittels einer empfangsbedürftigen Willenserklärung gelöst werden.
Dazu steht auch die Entscheidung des PrOVG vom 1.12.1900[1] nicht im Widerspruch. Für das Krankenversicherungsrecht - so führt das Gericht hier aus - ist das Beschäftigungsverhältnis jedenfalls schon dadurch gelöst worden, daß der Arbeitgeber den Vertrag brach und die Beschäftigte hiervon in Kenntnis setzte. Damit wird zum Ausdruck gebracht, daß erst durch diese Willensbekundung, die über die Absicht des Arbeitgebers zweifelsfrei Aufschluß gab, die Lösung des Beschäftigungsverhältnisses erfolgt ist. Soweit nach diesen Entscheidungen eine Auflösung des Beschäftigungsverhältnisses mittels einer empfangsbedürftigen Willenserklärung für möglich erachtet wird, wird in das Beschäftigungsverhältnis und den das Beschäftigungsverhältnis tragenden Fortsetzungswillen zugleich ein rechtsgeschäftliches Element hineingetragen. Falsch wäre es jedenfalls, in dem Fortsetzungswillen lediglich den natürlichen Willen der Parteien zu sehen, da dieser fortfallen kann, ohne daß es einer diesbezüglichen ausdrücklichen Bekundung bedürfte.
Die Untersuchung der Rechtsprechung zum KVG hat ergeben, daß die damalige Rechtsprechung die Beurteilung des Beschäftigungsverhältnisses in weitem Umfang an Hand des vertraglichen Arbeitsverhältnisses vorgenommen und von dessen Schicksal abhängig gemacht hat. Allerdings wurde von Teilen der Rechtsprechung unter dem Einfluß der Wissenschaft, die in dem Beschäftigungsverhältnis überwiegend ein aus arbeitsvertraglichen und realen Elementen bestehendes Rechtsverhältnis sah, auch realen Gesichtspunkten Einfluß auf das Beschäftigungsverhältnis eingeräumt. Diese Auffassung hatte aber keine Rückwirkungen auf die Rechtsprechung zur Einwirkung von Arbeitsunterbrechungen auf das Beschäftigungsverhältnis. Soweit sie in der Rechtsprechung zum Beginn und zur Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses zum Tragen kam, wurde auch in diesen Fällen das Beschäf-

1) PrOVG Bd.38, 317, 320

tigungsverhältnis nicht unter ausschließlicher Zugrundelegung faktischer Gesichtspunkte bestimmt. Denn das Beschäftigungsverhältnis sollte nicht schon mit einem Vertragsbruch seitens des Arbeitgebers, sondern erst mit einer auf die Auflösung gerichteten Willensbekundung enden. Es sollte bereits mit der bloßen nach außen zum Ausdruck kommenden Unterordnung unter den Willen des Arbeitgebers beginnen und nicht erst mit der tatsächlichen Aufnahme der Arbeit oder dem tatsächlichen Bereithalten der Arbeitskraft.
Soweit lediglich der Fortsetzungswille für den Bestand des Beschäftigungsverhältnisses ausschlaggebend sein sollte, so wurde die Beurteilung des faktischen Beschäftigungsverhältnisses ebenfalls nicht von faktischen Gesichtspunkten abhängig gemacht. Hierzu hätte der Fortsetzungswille auf die kontinuierliche Aufrechterhaltung der tatsächlichen Verfügungsmacht gerichtet sein müssen. Bezugspunkt des Fortsetzungswillens war hingegen nicht die Aufrechterhaltung der tatsächlichen Verfügungsmacht, sondern die Aufrechterhaltung des der Beschäftigung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses.
Die überwiegende Rechtsprechung zum KVG ging somit nicht von einer faktischen Betrachtungsweise aus. Allerdings sind auch gegenteilige Entscheidungen nachweisbar,[1)] die aber in der Minderzahl stehen. Der überwiegende Teil der Rechtsprechung zum KVG hat daher die Beurteilung des Beschäftigungsverhältnisses an Hand des vertraglichen Arbeitsverhältnisses oder des nicht faktisch verstandenen Fortsetzungswillens vorgenommen.

III. Die Rechtsprechung des Reichsversicherungsamtes

1. Nach der Rechtsprechung des RVA tritt die Versicherungspflicht dann ein, wenn ein Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit vorliegt. Zur Begründung des Beschäftigungsverhältnisses ist ein privatrechtlicher Vertrag zwischen

1) vgl. außer den bereits genannten Entscheidungen die weiteren Nachweise bei Petersen, Krankenversicherungsgesetz, Bem.3 If, VII zu § 1 KVG

dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer nicht erforderlich.[1)]

Das Beschäftigungsverhältnis unterliegt im Gegensatz zum Arbeitsverhältnis lediglich tatsächlichen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten.[2)] Das RVA sieht in dem Beschäftigungsverhältnis ein tatsächliches Verhältnis; nur die tatsächliche Leistung von Arbeit ist in der Lage, ein Beschäftigungsverhältnis zu begründen.[3)]

Der tatsächlichen Leistung von Arbeit steht ein tatsächliches Bereitschaftsverhältnis, das Bereithalten der Arbeitskraft, gleich.[4)]

Unterbrechungen der tatsächlichen Arbeitsleistung beenden das versicherungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis nicht ohne weiteres. Voraussetzung für ein Fortbestehen des Beschäftigungsverhältnisses ist, daß der Arbeitnehmer während der Unterbrechung der Verfügungsmacht des Arbeitgebers untersteht und daß das Beschäftigungsverhältnis nach dem Willen der Parteien später fortgesetzt werden soll bzw. daß die Dauer der Unterbrechung absehbar ist.[5)]

Die Verfügungsmacht des Arbeitgebers über die Arbeitskraft des Arbeitnehmers gehört nach dieser Rechtsprechung zum Wesen des Beschäftigungsverhältnisses.

Ihren konsequenten Ausdruck fand diese Rechtsprechung in der Entscheidung des RVA vom 17.1.1894, in der das Beschäftigungsverhältnis bei einer durch Krankheit bedingten Arbeitsunfähig-

1) RVA AN 1897, 346, 347; AN 1909, 471, 472; AN 1936, IV 130 (GE 4698); vgl. auch S.83,84 dieser Arbeit

2) RVA AN 1915, 371 (GE 1969); AN 1916, 588, 589 (GE 2233); EuM Bd.22, 133, 135; EuM Bd.29, 245, 246; EuM Bd.31, 117, 118; EuM Bd.31, 261, 262; AN 1932, IV 405, 406 (GE 4447)

3) RVA AN IuAV 1892, 23, 24; AN IuAV 1893, 3; AN 1939, IV 22, 23 (GE 5250)

4) RVA AN IuAV 1892, 23, 24; AN 1896, 651, 652; AN 1914, 655 (GE 1885); AN 1939, IV 22, 23 (GE 5250)

5) RVA AN 1915, 371 (GE 1969); AN 1917, 516, 517 (GE 2362); AN 1923, 273 (GE 2766); EuM Bd.22, 133, 135, 136; EuM Bd.29, 245, 246, 247; EuM Bd.31, 261, 262, 263; AN 1932, IV 405, 406; AN 1941, II 148, 150; EuM Bd.48, 41, 42. Von der Erörterung der Entgeltlichkeit des Beschäftigungsverhältnisses kann hier abgesehen werden, da die Entgeltlichkeit nicht zu den Begriffsmerkmalen des Beschäftigungsverhältnisses gehört. Das Wesen des Beschäftigungsverhältnisses beruht nicht auf der Entgeltlichkeit, sondern auf der gegenseitigen Über- und Unterordnung, vgl. RVA AN 1911, 398, 399 (E 1535); AN 1914, 774 (GE 1923).

keit als unterbrochen angesehen wurde.[1]
In den Entscheidungsgründen führt das RVA aus, eine Beschäftigung im Sinne des IuAVG liege im allgemeinen so lange vor, wie dem Arbeitgeber sowohl die rechtliche als auch die tatsächliche Verfügungsmacht über die Arbeitskraft zustehe. "Bei einer mit Erwerbsunfähigkeit verbundenen...Krankheit wird die rechtliche Verfügungsgewalt...zwar nicht ohne weiteres beseitigt; wegen der physischen Unmöglichkeit der Arbeitsverrichtung aber ist naturgemäß die tatsächliche Verfügungsgewalt des Arbeitgebers über die Leistungen seines Arbeiters aufgehoben und damit wird die Beschäftigung unterbrochen."
Diese frühe Entscheidung des RVA steht unter dem Leitgedanken, daß primär die faktischen Verhältnisse für den Bestand des Beschäftigungsverhältnisses maßgebend sind. Die tatsächliche Verfügungsmacht wird als das das Beschäftigungsverhältnis konstituierende Merkmal angesehen. Der rechtlichen Verfügungsmacht wird hingegen nur sekundäre Bedeutung zuerkannt.
Diese Grundsätze werden in der Folgezeit in dem Bestreben, den vielfältigen Einzelfällen gerecht zu werden, fortgebildet und dabei aus ihrer starren Verankerung in ein System faktischer Grundprinzipien gelöst. Nominell wird zwar auch weiterhin an dem Grundsätzen der tatsächlichen Verfügungsmacht des Arbeitgebers über die Arbeitskraft des Arbeitnehmers und der tatsächlichen Arbeitsbereitschaft des Arbeitnehmers festgehalten. Ihr tatsächliches Vorliegen wird aber vom RVA in einer Vielzahl von Fällen fingiert.[2] Darüber hinaus wird das Beschäftigungsverhältnis dem Arbeitsverhältnis angenähert und arbeitsvertraglichen Bindungen unterworfen.
So geht das RVA in seiner späteren Rechtsprechung davon aus, daß Krankheit und daraus folgende Arbeitsunfähigkeit nicht die Unterbrechung des Beschäftigungsverhältnisses zur Folge haben. "Wird der Beschäftigte krank und arbeitsunfähig, so kommt es darauf an, ob eine sofortige Lösung des Arbeitsverhältnisses stattfindet. Geschieht es nicht, so besteht das Beschäftigungs-

1) RVA AN IuAV 1894, 92, 93 (E 340)
2) vgl. in diesem Sinne Dersch, Gutachten, zitiert in BSGE 11, 80, 81 und bei Krebs, BlStSozArbR 1963, S.248

verhältnis weiter. Die Verfügungsmacht des Arbeitgebers über den zur Dienstleistung Verpflichteten ist dann zwar eingeschränkt und wird vielfach sogar ruhen. Sie erlischt aber erst, wenn das Beschäftigungsverhältnis selbst beendet ist."[1)]

In dieser Entscheidung wird der tatsächlichen Verfügungsmacht jegliche Bedeutung abgesprochen. Mit dem Begriff des Ruhens der Verfügungsmacht soll zum Ausdruck gebracht werden, daß diese rechtlich fortbesteht, obwohl sie tatsächlich nicht existent ist. Denn anders als Rechte können Tatsachen nicht im ruhenden Zustand fortbestehen. Die Aufnahme dieses Begriffes in die Dogmatik zum Beschäftigungsverhältnis setzt voraus, daß das tatsächliche Fehlen der Verfügungsmacht als irrelevant angesehen wird. In dieser Entscheidung wird ebenfalls wie bereits in der Rechtsprechung zum KVG vom Fortbestand des zivilrechtlichen Arbeitsverhältnisses auf das Fortbestehen des Beschäftigungsverhältnisses geschlossen.

Der Begriff der eingeschränkten Verfügungsmacht, auf den die Entscheidung zur dogmatischen Absicherung verweist, stellt eine Fiktion dar. Ein arbeitsunfähig erkrankter Arbeitnehmer ist, wenn schon arbeitswillig, so doch nicht arbeitsfähig. Er untersteht somit in keiner Weise der tatsächlichen Verfügungsmacht des Arbeitgebers.

Grundlage der Versicherungspflicht ist nach dieser Entscheidung nicht die Leistung tatsächlicher Arbeit, sondern das Beschäftigungsverhältnis, das nicht unterbrochen wird, wenn das Arbeitsverhältnis nach dem Willen der Parteien fortgesetzt werden soll.

Die GE 1933 stellt mit ihrer Abkehr von der 'ausschließlich faktischen Betrachtungsweise der GE 340 einen beträchtlichen Fortschritt dar.

Das RVA hat in der Folgezeit an dieser Rechtsprechung konsequent festgehalten und der Arbeitsunfähigkeit keinen Einfluß auf das Fortbestehen des Beschäftigungsverhältnisses eingeräumt.[2)]. Von

1) RVA AN 1914, 813, 815 (GE 1933)

2) vgl. RVA, Breithaupt 1915-16, S.449, 450; AN 1915, 539, 540 (GE 2028); ArbVers.1920, 169, 170 (Voraussetzung für den Fortbestand des Beschäftigungsverhältnisses ist es, daß der Arbeitsvertrag trotz der Arbeitsunfähigkeit nach dem Willen der Vertragsparteien unberührt bl eiben sollte.); EuM Bd.12, 93, 95 (als ausschlaggebend wird in dieser Entscheidung angesehen, ob das Arbeitsverhältnis tatsächlich gelöst wurde);

dem Erfordernis der tatsächlichen Verfügungsmacht, die bei einer die Arbeitsunfähigkeit bedingenden Krankheit nicht mehr gegeben ist, wurde damit in diesen Fällen generell abgesehen.
Eine interessante Begründung für die Fortdauer des Beschäftigungsverhältnisses trotz Arbeitsunfähigkeit gibt das RVA in seiner grundsätzlichen Entscheidung vom 8.6.1931.[1] Hier beruft sich das RVA auf seine Rechtsprechung zum Fortbestand des Beschäftigungsverhältnisses bei einer vertragswidrigen Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Nach dieser Rechtsprechung erlischt das Beschäftigungsverhältnis nicht mit der Beendigung der Beschäftigung, sondern es besteht so lange fort, wie das der Beschäftigung zugrunde liegende Dienst- oder Arbeitsverhältnis und der sich daraus ergebende Anspruch des dienstbereiten Arbeitnehmers auf die Gewährung des vertragsmäßigen Entgelts weiterbestehen. In der Entscheidung vom 8.6.1931 äußert das RVA die Auffassung, unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung könne an der E 340 nicht festgehalten werden. Das RVA will daher den Bestand des Beschäftigungsverhältnisses bei einer Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers allein vom Fortbestehen des zivilrechtlichen Vertrages abhängig machen.
In gleicher Weise hat die Einstellung der Arbeit infolge einer bevorstehenden Entbindung nicht ohne weiteres eine Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses zur Folge. Die Beendigung tritt ein, wenn mit der Einstellung der Arbeit eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses einhergeht.[2]

Breithaupt 1929, 348, 349, 350; AN 1929, IV 182, 183 (GE 3414) (In diesen beiden Entscheidungen wird ebenfalls als entscheidend angesehen, ob das Arbeitsverhältnis gelöst wurde. Dabei wurde eine dreimonatige Unter-brec-hung als unschädlich für den Bestand des Beschäftigungsverhältnisses angesehen); AN 1929, IV 176, 177 (GE 3406); AN 1929, IV 270 (GE 3477); AN 1929, IV 354, 355 (GE 3532); AN 1930, IV 487 (GE 3910); AN 1930, IV 305 (GE 3794); Breithaupt 1931, 462; Breithaupt 1931, 585; Breithaupt 1932, 463, 465; AN 1932, IV 44 (GE 4270); EuM Bd.33, 448, 449; EuM Bd.34, 178, 180; damit übereinstimmend haben auch das Sächs. und das Bayr.LVA ein Fortbestehen des Beschäftigungsverhältnisses im Falle der Arbeitsunfähigkeit angenommen, vgl. Sächs.LVA, Breithaupt 1915-16, S.370, 371; Sächs.LVA, EuM Bd.5, S.50, 51, 52; Bayr.LVA, Reger Bd.36, S.57

1) RVA, Breithaupt 1931, S.462

2) LG Leipzig, ArbVers.1920, S.88, 89

Sonn- und Feiertage sowie die Gewährung von bezahltem und unbezahltem Urlaub führen ebenfalls nicht zu einer Unterbrechung des Beschäftigungsverhältnisses.
Sonn- und Feiertage unterbrechen das Beschäftigungsverhältnis nach Auffassung des RVA nicht, weil an ihnen die Verfügungsmacht des Arbeitgebers über die Arbeitskraft des Arbeitnehmers fortbesteht und weil das Beschäftigungsverhältnis unter dieser Voraussetzung auch Zeiten umfaßt, an denen keine Arbeit geleistet wird.[1)]
In den Zeiten bezahlten und unbezahlten Urlaubs wird das Beschäftigungsverhältnis nicht unterbrochen, wenn die Verfügungsmacht fortbesteht und das Beschäftigungsverhältnis nach der Absicht der Parteien nach der Unterbrechung fortgesetzt werden soll.[2)]
Von dem Erfordernis der Dienstbereitschaft kann dann abgesehen werden, wenn die Beurlaubung in eine Zeit der Betriebsruhe fällt, wie dies bei der Beurlaubung von Bühnenmitgliedern der F-all ist, da hier Zeit und Umfang des Urlaubs durch das Betriebsinteresse bestimmt werden.[3)]
Im übrigen untersucht das RVA in den angeführten Entscheidungen eingehend, ob die tatsächlichen Voraussetzungen für das Fortbestehen des Beschäftigungsverhältnisses vorgelegen haben.
Die Einhaltung dieser Prämissen bereitete dem RVA in den Fällen des bezahlten und unbezahlten Urlaubs sowie der Sonn- und Feiertage naturgemäß in der Regel keine Schwierigkeiten, da die Arbeitnehmer infolge fehlender Mobilität in den genannten Zeiten regelmäßig am Wohnort blieben und somit das Fortbestehen der Verfügungsmacht gewährleistet war.
Die GE 5085[4)] betrifft den besonderen Fall, daß einem Seemann Erholungsurlaub auf Grund des § 42 Abs.2 der Tarifordnung für die deutsche Seefahrt vom 15.11.1934 nach Beendigung des Dienst-

1) RVA AN 1932, IV 105 (GE 4331); AN 1932, IV 491, 492 (GE 4499)
2) RVA EuM Bd.3, 146, 148; AN 1914, 655 (GE 1885); EuM Bd.35, 129, 130; EuM Bd.48, 41, 42, 43; Bescheid des Reichsarbeitsministers v.8.9.1941, BKK 1941, 350
3) RVA EuM Bd.3, 146, 148
4) RVA AN 1937, IV 182 ff

verhältnisses gewährt wurde. Die Bestimmung des § 42 Abs.2 sah für den Fall, daß bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Urlaub nicht gewährt worden war, vor, daß für die angelaufenen Urlaubstage die tarifliche Entlohnung zu entrichten war. Für diesen Zeitraum wurde das Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses fingiert.
Nach der im Hamburger Hafen bestehenden damaligen Übung wurden Seeleute während eines derartigen nachträglich gewährten Urlaubs nicht anderweitig vermittelt.
Aus diesen Umständen folgert das RVA, daß die Rechtslage in dem angeführten Fall ebenso zu beurteilen sei, als ob das Beschäftigungsverhältnis während des nachträglich gewährten Urlaubs fortbestanden habe. Eine nach diesem fiktiven Urlaub erfolgte Arbeitslosenmeldung ist daher nach Auffassung des RVA nicht in unmittelbarem Anschluß an eine vor diesem Urlaub liegende Arbeitsunfähigkeit erstattet worden.
Dem Umstand, daß nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses auch die tatsächliche Verfügungsmacht nicht mehr fortbestanden hat, daß demgemäß das Fortbestehen eines Beschäftigungsverhältnisses während des nachträglich gewährten Urlaubs nach den Grundsätzen, die das RVA entwickelt hatte, nicht unterstellt werden durfte, mißt das RVA in dieser Entscheidung keine Bedeutung zu.

Die angeführte Entscheidung ist ein beredtes Beispiel dafür, daß sich das RVA nicht an starre faktische Konstruktionen gebunden fühlte, soweit diese seiner Ansicht nach dem zur Entscheidung stehenden Fall nicht gerecht wurden.
Das OVA Augsburg führt in seiner Entscheidung aus, nach der Rechtsprechung des RVA könne für die Dauer von Unterbrechungen, die von vornherein zeitlich unbestimmt sind und während derer rechtliche Bindungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, insbesondere auch eine Verfügungsgewalt des Arbeitgebers, nicht gegeben sind, ein Fortbestehen des vorigen Beschäftigungsverhältnisses nicht angenommen werden.[1)]
Der Umstand, daß die Verfügungsgewalt als Beispiel einer rechtlichen Bindung angeführt wird, läßt darauf schließen, daß das OVA Augsburg das Vorliegen einer rechtlichen Verfügungsmacht für

1) OVA Augsburg, Breithaupt 1936, S.501 ff, 504

das Fortbestehen eines Beschäftigungsverhältnisses für ausreichend erachtete.
In weiteren Entscheidungen hatte sich das RVA damit zu befassen, ob das Beschäftigungsverhältnis eines Lehrlings während der Zeit einer vorübergehenden Stillegung des Betriebes infolge Arbeitsmangels oder berufsüblicher Arbeitseinstellung fortbestanden hat.
In der GE 2233[1] wird hierzu ausgeführt, ein durch Antritt der Arbeit wirksam gewordenes Beschäftigungsverhältnis dauere so lange fort, bis es tatsächlich gelöst sei. "Ob die Lösung erfolgt ist, bestimmt sich im Gegensatz zur Lösung des zivilrechtlichen Dienst-(Lehr-)Verhältnisses nach tatsächlichen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten. Zum Wesen des Beschäftigungsverhältnisses gehört die Verfügungsmacht des Arbeitgebers über den Beschäftigten." Damit übereinstimmend fordert das RVA, daß zwischen dem Lehrverhältnis und dem Beschäftigungsverhältnis, das allein die Grundlage für die Versicherungspflicht bildet, streng unterschieden wird.
Diese Entscheidung des RVA, die nicht ohne nachhaltigen Einfluß auf die Rechtsprechung geblieben ist und durch eine Reihe weiterer Entscheidungen bestätigt wurde,[2] beurteilt Wesen und Bestand des versicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses ausschließlich nach faktischen Gesichtspunkten. In der Entscheidung wird insbesondere dem Umstand, daß die Rückberufung des

1) RVA AN 1916, 588, 589, 590

2) RVA AN 1930, IV 478, 479 (GE 3899); AN 1931, IV 70, 71 (GE 3983); EuM Bd.31, 261, 263; AN 1932, IV 405, 406, 407 (GE 4447); damit übereinstimmend für den Fall der Werksbeurlaubung RVA EuM Bd.22, 133, 135, 136; EuM Bd.31, 117, 118. Die Entscheidung EuM Bd.31, 261, 263 stützt sich in ihrer Begründung bereits nicht nur auf tatsächliche Gesichtspunkte. Rechtliche und tatsächliche Gesichtspunkte werden in dieser Entscheidung miteinander verquickt. Aus der Bestimmung der Lehrverträge, daß die Lehrzeit sich entsprechend verlängere, falls infolge Arbeitsmangels größere Pausen eintreten, wird der Schluß gezogen, daß die Vertragsparteien beim Abschluß der Lehrverträge offenbar davon ausgegangen sind, daß das Beschäftigungsverhältnis für die Zeit einer Betriebsstillegung unterbrochen sein sollte. Letztlich wird aus einer Vertragsklausel auf das Erlöschen des Beschäftigungsverhältnisses geschlossen.

Lehrlings nach der besonderen Art des Betriebes während der Arbeitspause überhaupt nicht in Betracht kam, besondere Bedeutung beigelegt. Hieraus wird gefolgert, daß die Verfügungsmacht des Lehrherren über den Lehrling selbst bei Fortbestehen des Lehrverhältnisses erloschen ist und daß dementsprechend das versicherungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis endet.

In weiteren Entscheidungen zur saisonüblichen Unterbrechung der Arbeitstätigkeit stellt das RVA demgegenüber auf das Fortbestehen des zivilrechtlichen Lehrverhältnisses ab.[1] In diesen Entscheidungen wird aus der Fortdauer des Lehrverhältnisses gefolgert, daß Maurerlehrlinge, die infolge Unterbrechung der Bautätigkeit im Winter von ihrem Lehrherren nicht beschäftigt werden, während dieser Zeit nicht als arbeitslos anzusehen sind.

In gleicher Weise wurde für die Zeit einer Betriebsstillegung das Beschäftigungsverhältnis als fortdauernd angesehen, da weder die Arbeitnehmer die Arbeit aufgekündigt noch die Arbeitgeberin eine Entlassung ausgesprochen hatte.[2]

Die GE 2789[3], die die Rechtsprechung nachhaltig beeinflußt hat, betrifft den Fall, daß eine Damenschneiderin regelmäßig im Sommer ihren Betrieb für vier bis fünf Wochen stillzulegen pflegte. Eine Kündigung der Arbeitsverhältnisse wurde in dieser Zeit nicht ausgesprochen. Die Arbeitnehmerinnen erhielten vielmehr während der Betriebsruhe eine Woche bezahlten Urlaubs. Im übrigen mußten sie die zeitlich im voraus nicht genau festgelegte Rückkehr ihrer Arbeitgeberin abwarten.

Der Leitsatz dieser Entscheidung sowie die Entscheidungsgründe lassen klar hervortreten, daß das RVA hier von einem im wesentlichen einheitlichen Begriff des Arbeits- und Beschäftigungsverhältnisses ausgeht.

So wird im Leitsatz von einem versicherungspflichtigen Lohnarbeitsverhältnis gesprochen. In den Entscheidungsgründen wird ausgeführt: "Die Frage, ob ein an sich fortdauerndes Beschäf-

1) RVA AN 1928, IV 188 (GE 3177); AN 1929, IV 323 (GE 3503); AN 1930, IV 253, 254 (GE 3759); damit übereinstimmend für den Fall einer Werksbeurlaubung RVA AN 1930, 510, 511 (GE 3920)

2) RVA EuM Bd.14, 69

3) RVA AN 1924, 84, 85

tigungsverhältnis durch eine Unterbrechung der Arbeitsleistung und die Einstellung der Lohnzahlung während dieser Unterbrechung seines Charakters als eines Lohnarbeitsverhältnisses entkleidet wird," lasse sich nur nach den Umständen des einzelnen Falles entscheiden. Der Terminus des versicherungspflichtigen Lohnarbeitsverhältnisses verweist auf die Identität der Grundtatbestände im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht. Die in den Entscheidungsgründen getroffene Feststellung, § 165 RVO setze das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses voraus, vermöge dessen dem Arbeitgeber die Verfügungsgewalt zusteht, läßt die Auffassung des Gerichtes hervortreten, daß die rechtliche Verfügungsmacht für den Bestand des Beschäftigungsverhältnisses maßgebend sein soll. Damit übereinstimmend wird aus dem beiderseitigen Fortsetzungswillen, der an Hand des fortbestehenden Arbeitsverhältnisses festgestellt wird, auf den Fortbestand des Beschäftigungsverhältnisses geschlossen.
Nach den Grundgedanken dieser Entscheidung ist davon auszugehen, daß das versicherungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis bei einer verhältnismäßig nicht zu langen Unterbrechung der tatsächlichen Arbeit fortbesteht, solange das arbeitsrechtliche Vertragsverhältnis nicht gelöst ist.
Die Einwirkung einer Betriebsstillegung auf das Beschäftigungsverhältnis wird schließlich noch in der Entscheidung des RVA vom 26.5.1943 behandelt. In dieser Entscheidung betont das RVA wiederum in völligem Gegensatz zu einer faktischen Betrachtungsweise, daß die Fortdauer der Dienstbereitschaft nicht unbedingte Voraussetzung für das Fortbestehen des Beschäftigungsverhältnisses ist. Sie könne ohne weiteres entfallen, wenn der Betrieb für die Zeit der Unterbrechung stillgelegt ist.[1)]
Die Bedeutung, die das RVA dem zivilrechtlichen Arbeitsverhältnis beimißt, wird auch an der folgenden Entscheidung vom 6.3.1931[2)] ersichtlich.
Nach dieser Entscheidung erlischt das Beschäftigungsverhältnis der Ehefrau eines Deputanten, die mit dem Unternehmer einen Ar-

1) RVA EuM Bd.50, 319, 321
2) RVA, Breithaupt,1931, S.642, 643

beitsvertrag geschlossen hatte, der während der betriebsstillen Zeit fortdauerte, ohne daß ein Entgelt gezahlt wurde, wenn die Unterbrechung verhältnismäßig lange währt. In dieser Variante führt somit lediglich der länger dauernde Fortfall der Beitragszahlungen zum Erlöschen des Versicherungsschutzes.[1)]
Besteht demgegenüber zwischen dem Unternehmer und der Ehefrau des Deputanten nur ein mittelbares Arbeitsverhältnis, so soll nach den Entscheidungsgründen das Beschäftigungsverhältnis nur so lange bestehen, wie tatsächlich Arbeit geleistet wird bzw. so lange, wie die Arbeitnehmerin dem Arbeitgeber derart zur Verfügung steht, daß sie keine anderen Arbeiten übernehmen kann. Demzufolge wird das Beschäftigungsverhältnis in dieser Variante während der betriebsstillen Zeit regelmäßig erlöschen.[2)]
Militärische Übungen von kürzerer Dauer sollen nach Auffassung des RVA das versicherungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis nicht unterbrechen.[3)]
Begründet wird diese Rechtsprechung damit, daß ein zeitweiliges

1) Das RVA hat jedoch in seiner Rechtsprechung angestrebt, diesen Zeitraum nicht zu eng zu begrenzen, um dem Versicherten den Versicherungsschutz möglichst lange zu erhalten. So wurde in der GE 2789, AN 1924, 84 eine unbezahlte Betriebsruhe von 31 Tagen nicht als schädlich für den Bestand des Beschäftigungsverhältnisses angesehen. Das OVA Hamburg, Arb Vers.1943, S.69 hat eine 3 1/2-monatige Unterbrechung der tatsächlichen Arbeit auf Grund eines unbezahlten Urlaubs nicht als erheblich betrachtet.

2) Zur Einwirkung von Unterbrechungen der tatsächlichen Arbeit auf das Beschäftigungsverhältnis führt Borgs, ZRR 1937, S.169, 172 aus: "Der das geltende Arbeitsrecht beherrschende Gedanke der Betriebsverbundenheit wirkt sich im Sozialversicherungsrecht dahin aus, daß von einer Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses jedenfalls solange keine Rede sein kann, als die Verbundenheit der Versicherten mit dem Betrieb fortbesteht." Damit übereinstimmend wird im Kommentar von Hoffmann-Kreill zur RVO, 9.A., Bem.III b zu § 165 RVO festgestellt, das Beschäftigungsverhältnis bestehe auch bei einer Unterbrechung der tatsächlichen Arbeit, selbst wenn die Verfügungsmacht des Arbeitgebers wesentlich eingeschränkt sei, fort, sofern nur die Betriebszugehörigkeit oder die sonstige Verbindung des Verpflichteten mit dem Arbeitgeber fortbestehe. Es genüge, wenn der Arbeitsvertrag während der Unterbrechung aufrechterhalten bleibe.
Diese Grundsätze müssen ebenfalls dazu führen, daß das Beschäftigungsverhältnis durch eine zeitweise Betriebsstilllegung nicht aufgehoben wird.

3) RVA AN 1918, 174, 175, 176 (GE 2415)

Ruhen der Verfügungsmacht des Arbeitgebers den Fortbestand des Beschäftigungsverhältnisses nicht ausschließt. "Wird der Beschäftigte zu militärischen Dienstleistungen eingezogen, so wird er damit der Verfügungsmacht seiner militärischen Vorgesetzten unterworfen. Für diejenige des Arbeitgebers ist daneben regelmäßig kein Raum. Besteht sein Verfügungsrecht nicht fort, so fragt es sich, ob es nur ruht oder erlischt. Ersteres wird im allgemeinen bei militärischen Übungen von kürzerer Dauer anzunehmen sein, so daß alsdann das Beschäftigungsverhältnis in der Regel fortbesteht."
Um dem Einzelfall gerecht zu werden, sieht das RVA bei kürzeren Unterbrechungen der genannten Art von dem Erfordernis der Verfügungsmacht ab. Interessant ist auch die allgemeine rechtliche Einordnung des Beschäftigungsverhältnisses in der vorstehenden Entscheidung. Das Beschäftigungsverhältnis soll sich danach weniger nach rechtlichen als nach tatsächlichen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten bestimmen. Eine ausschließlich faktische Betrachtungsweise wird in dieser Entscheidung somit nicht einmal nominell vertreten.
Bei der Einberufung zum Kriegsdienst soll nach der GE 1969[1] im allgemeinen das Beschäftigungsverhältnis erlöschen, weil die Verfügungsmacht in diesem Falle auf einen Dritten, die Militärbehörde, übergegangen ist. Den Unterschied zu den militärischen Übungen, während derer die Verfügungsmacht ebenfalls auf die Militärbehörde übergeht, ohne daß das Beschäftigungsverhältnis erlöschen soll, sieht das RVA darin, daß in diesen Fällen nach dem regelmäßigen Lauf der Dinge mit dem Wiedereintritt des Beschäftigten in das ungekündigte Dienstverhältnis nach Beendigung der Übung gerechnet werden kann. "Hiervon abweichend liegen die Verhältnisse im Kriege. In Ermangelung besonderer Vereinbarungen wird hier die tatsächliche Lösung des Beschäftigungsverhältnisses der Absicht der Beteiligten regelmäßig entsprechen."
Können vertragliche Abmachungen somit nach der GE 1969 von Bedeutung für den Bestand des Beschäftigungsverhältnisses sein, so wird dies in der GE 2362[2] abgelehnt. "Die Absicht der Be-

1) RVA AN 1915, 371; zustimmend Sächs.LVA EuM Bd.5, 78, 80
2) RVA AN 1917, 516, 517; damit übereinstimmend Sächs.LVA EuM Bd.10, 42, 44

teiligten allein vermag das Fortbestehen der Verfügungsgewalt des Arbeitgebers nicht zu begründen."
In der letzten einschlägigen Entscheidung des RVA zu diesem Fragenkreis wird die Auffassung vertreten, daß unbeschadet des § 209b RVO i.d.F. des Gesetzes über den Ausbau der Rentenversicherung vom 21.12.1937 (RGBl.I S.1393) das Beschäftigungsverhältnis während der militärischen Ausbildung oder Übung so lange fortbesteht, "als ihm nicht durch eine seitens des Versicherten herbeigeführte Lösung des Arbeitsvertrages während der Ausbildung oder Übung oder durch eine aus anderen Gründen während dieser Zeit eintretende Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses die Grundlage entzogen wird."[1] Das Arbeits- und das Beschäftigungsverhältnis werden in dieser Entscheidung wiederum als im wesentlichen kongruent angesehen.
In seiner bekannten Entscheidung vom 29.9.1922 hat das RVA entschieden, daß ein Streik im allgemeinen die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses zur Folge hat.[2] Begründet wird diese Auffassung damit, daß sich der Arbeitnehmer durch den Streik der Verfügungsmacht des Arbeitgebers entzieht, die damit ihr Ende erreicht. Da das Beschäftigungsverhältnis aber begrifflich die Verfügungsmacht des Arbeitgebers über den Arbeitnehmer voraussetze, erlösche mit deren Fortfall auch das Beschäftigungsverhältnis und damit die Pflichtversicherung.
Durch einen Streik wird nach Ansicht des RVA die grundsätzliche Dienstbereitschaft des Beschäftigten im Gegensatz zu sonstigen Unterbrechungen auch längerer Art aufgehoben, weil bei Streikbeginn noch ungewiß ist, wie lange die durch die Arbeitsniederlegung bedingte Unterbrechung der Beschäftigung dauert und ob eine Wiederaufnahme der Arbeit überhaupt stattfindet. Das Ende der Unterbrechung ist daher nicht absehbar.
Da das Beschäftigungsverhältnis seinem Wesen nach überwiegend tatsächlicher Natur ist und in seinem Bestand nicht von einem gültigen Arbeits- oder Dienstvertrag abhängig ist, beendet nach Auffassung der GE 2766 bereits die tatsächliche Arbeits-

1) RVA, Breithaupt 1939, S.92, 93
2) RVA AN 1923, 273, 274 (GE 2766); die Entscheidung des RVA AN 1929, IV 215 (GE 3435) geht ebenfalls davon aus, daß ein Streik das versicherungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis beendet.

niederlegung das Beschäftigungsverhältnis. Eine besondere Willensbekundung, insbesondere die Kündigung des Arbeitsvertrages durch den Arbeitgeber oder den Arbeitnehmer ist nicht erforderlich.

Diese Grundsätze sollen auch für einen Streik von nur kurzer Dauer gelten.[1)]

Demgegenüber sollen nach einem Bescheid des RVA vom 18.7.1941[2)]

1) zustimmend: Hahn-Kühne, Handbuch der Krankenversicherung, § 165 RVO, Ziff.21; Hanow-Lehmann, Kommentar zur RVO, Ziff.18 zu § 1226 RVO; Hoffmann, ArbVers.1922, S.545, 546, 547; ders., Kommentar zur RVO, 7.A., Ziff.23a zu § 165 RVO.
Eine gegenteilige Auffassung wurde von der Redaktion der Arbeiterversorgung, ArbVers.1920, S.321 Ziff.11; 1920, S.499, 500, Ziff.7; 1920, S.639, Ziff.9; 1920, S.659 Ziff.16; in der Anm. zum Urteil des VA Rheydt, ArbVers.1920, S.532 sowie von Hahn, BKK 1919, S.89 vertreten.
Die GE 2766 wurde von Hahn, ArbVers.1923, S.1 ff abgelehnt, weil das Beschäftigungsverhältnis in der Regel auf einem Vertrag beruhe und es dann für den Bestand des Beschäftigungsverhältnisses nicht ohne Belang sei, ob der Arbeitsvertrag noch bestehe oder nicht. "Auch die Verfügungsmacht ist durch den Streik nicht aufgehoben, sondern nur aufgeschoben oder unterbrochen. Daß sich die Arbeitnehmer über die Zeit der Arbeitseinstellung hinaus zur Verfügung des Arbeitgebers halten, folgt aus dem Wesen des Streiks, der nichts anderes bezweckt, als für die wiederaufzunehmende Dienstleistung günstigere Bedingungen zu erringen."
Die Bedenken von Dersch, Das neue Angestelltenversicherungsgesetz, § 1 AVG, Anm.5d, bb, S.163 resultieren daraus, daß der Streik, wenn keine Kündigung ausgesprochen wird, nur zu einem Ruhen der Arbeitsverträge führt. Dersch erscheint es zweifelhaft, ob diese Auswirkungen bereits den Unterbrechenstatbestand des Beschäftigungsverhältnisses erfüllen.
Nach Auffassung von Treitel, DK 1930, Sp.504 ff, hängt das Beschäftigungsverhältnis in seinem Bestand vom Arbeitsverhältnis ab. Ohne eine Lösung des Arbeitsverhältnisses erlischt das Beschäftigungsverhältnis auch nicht im Falle des Streiks. Nach Erlaß der GE 3102, AN 1927, 581 zum Fortbestehen des Beschäftigungsverhältnisses bei einer vertragswidrigen Kündigung sah Hoffmann, Kommentar zur RVO, 8.A., Anm. 23a zu § 165 RVO, die GE 2766 durch diese Rechtsprechung als überholt an.

2) RVA AN 1941, II 323; dieser Bescheid wurde durch ein Schreiben des RAM v.8.9.1941, AN 1941, II 396 bestätigt. In den "Bestimmungen über die Kranken- und Arbeitslosenversicherung bei Unterbrechung ohne Entgeltzahlung" v.28.1.1942, AN 1942, II 91 wurde schließlich festgelegt, daß das Beschäftigungsverhältnis eines Arbeitnehmers, der an 14 aufeinanderfolgenden Tagen, ohne arbeitsunfähig krank zu sein und ohne die erforderliche Zustimmung nicht gearbeitet und kein Entgelt erhalten hat, mit Ablauf dieses Zeitraums endet. Auf die Prüfung der Absicht der Arbeitswiederaufnahme wurde aus Gründen der Praktikabilität verzichtet.

Zeiten unentschuldigten Fehlens (sog. Bummeltage) versicherungsrechtlich in gleicher Weise wie ein unbezahlter Urlaub behandelt werden, insbesondere dann, wenn der Arbeitgeber von seinem Recht, die arbeitsrechtlichen Bindungen sofort zu lösen, keinen Gebrauch macht und der Arbeitnehmer seinerseits keine Auflösung dieser Bindung beabsichtigte.
In diesem Fall könne man unterstellen, daß beide Parteien mit der Fortdauer des Beschäftigungsverhältnisses einverstanden seien. Nur ein solcher Rechtsbruch, bei dem einwandfrei feststeht, daß der Arbeitnehmer nicht mehr die Absicht hat, die arbeitsrechtlichen Beziehungen wiederherzustellen, soll zu einem Erlöschen des Beschäftigungsverhältnisses führen.
In der letzten einschlägigen Entscheidung des RVA von grundsätzlicher Bedeutung zur Unterbrechung des versicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses[1)] rückt das RVA wiederum von einer rein faktischen Betrachtungsweise ab.
Dieser Entscheidung liegt die Erwägung zugrunde, daß sich das versicherungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis weniger nach rechtlichen als nach tatsächlichen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten richtet. Wurde in früheren Entscheidungen demgegenüber nominell zumeist ausschließlich auf die tatsächlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse abgestellt, so wird hier eine deutliche Einschränkung gemacht. In dieser Entscheidung wird die Fortdauer der Dienstbereitschaft nicht als unbedingte Voraussetzung für das Fortbestehen des Beschäftigungsverhältnisses angesehen. Vielmehr soll das Beschäftigungsverhältnis bei einer verhältnismäßig nicht zu langen unentgeltlichen Unterbrechung der Arbeitsleistung fortbestehen, solange das arbeitsrechtliche Vertragsverhältnis aufrechterhalten bleibt.
Auch im Falle einer Inhaftierung, zumal wenn der Versicherte zu Unrecht in Haft genommen wird, soll das Beschäftigungsverhältnis fortbestehen können. Allerdings soll schon ein kurzer Unterbrechungszeitraum die Lösung des Beschäftigungsverhältnisses bewirken können, falls der Anlaß für die Unterbrechung des Beschäftigungsverhältnisses dem Arbeitgeber ein Recht zur außerordentlichen Kündigung gibt.

1) RVA EuM Bd.50, 319, 320, 321

In dieser letzten Entscheidung von grundsätzlicher Bedeutung zur Einwirkung von Unterbrechungen der tatsächlichen Arbeit auf das Beschäftigungsverhältnis hat das RVA somit arbeitsvertraglichen Gesichtspunkten wiederum einen maßgeblichen Einfluß auf die Beurteilung des Beschäftigungsverhältnisses eingeräumt.

2. In der GE 3102 vom 7.12.1926[1] hat der Große Senat des RVA entschieden, daß das Beschäftigungsverhältnis auch nach Beendigung der tatsächlichen Beschäftigung des Arbeitnehmers nicht erlischt, solange das der Beschäftigung zugrunde liegende Dienst- oder Arbeitsvertragsverhältnis und der sich daraus ergebende Anspruch des dienstbereiten Arbeitnehmers auf die Gewährung des vertragsmäßigen Entgelts weiterbestehen. Damit wurde die frühere Rechtsprechung des PrOVG[2] und des RVA[3], nach der ein Vertrags-

1) RVA AN 1927, 581 ff (GE 3102); Die RfA, AVN 1914, S.88 hat ihre Praxis schon frühzeitig nach dem Grundsatz ausgerichtet, daß für die Dauer der Gehaltszahlung grundsätzlich Versicherungspflicht nach dem Versicherungsgesetz für Angestellte besteht. Demgemäß vertrat die RfA für den Fall der vorzeitigen Entlassung des Angestellten die Auffassung, daß Beiträge bis zum Schluß der ursprünglichen Vertragszeit fortzuentrichten sind, wenn bis zu diesem Zeitpunkt das Gehalt fortgezahlt wird. "Dies gilt sowohl dann, wenn die Gehaltszahlung für die Zeit nach der Entlassung auf Grund eines vom Angestellten erwirkten Zivilurteils, als auch dann, wenn sie ohne dies erfolgt. In Ausnahmefällen wird allerdings mit dem Aufhören der Dienstleistung im Falle vorzeitiger Entlassung auch das Beschäftigungsverhältnis als solches seinen Abschluß finden. Dazu genügt aber nicht die einseitige Erklärung des Arbeitgebers, daß er auf die Dienste des Angestellten verzichte. Vielmehr bedarf es hierzu einer Vereinbarung beider Teile dahin, daß nicht nur die Tätigkeit des Angestellten für den seitherigen Arbeitgeber aufhören, sondern das gesamte Beschäftigungsverhältnis als solches vorzeitig aufgelöst sein solle."
Dieser Auffassung hat Dersch, Monatsschrift für Arbeiter- und Angestellten-Versicherung 1914, Sp.375 zugestimmt.

2) PrOVG Bd.38, 317, 320, 321

3) RVA AN 1915, 351, 352 (GE 1955). Nach der früheren Rechtsprechung des RVA mußte aber auch der Wille, das Beschäftigungsverhältnis nicht weiter fortsetzen zu wollen, erkennbar hervortreten. Zu der Einstellung der tatsächlichen Arbeit mußte somit in der Regel eine weitere Handlung hinzutreten, um die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses herbeizuführen, vgl. RVA AN 1916, 737, 738 (GE 2265); AN 1917, 257, 258 (GE 2306).

bruch des Arbeitgebers die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses zur Folge hat, aufgegeben.
Eingeleitet wurde die neue Rechtsprechung des RVA durch eine Entscheidung vom 17.9.1925[1], in der das RVA das Bestehen eines versicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses allein auf Grund der Tatsache angenommen hat, daß ein Arbeitsvertrag zwischen dem Arbeitgeber und einem Schwerbeschädigten gem.§ 7 Abs.2 des Gesetzes über die Beschäftigung Schwerbeschädigter zustande gekommen war. In den Entscheidungsgründen wird ausgeführt, ein Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 165 Abs.2 RVA liege bereits dann vor, wenn ein gültiger entgeltlicher Arbeitsvertrag zustande gekommen sei.
Der GE 3102 ging zudem eine weitere Entscheidung voraus,in der das RVA betonte, Grundlage der Krankenversicherungspflicht nach § 165 Abs.2 RVO sei die nach bürgerlich rechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilende Beschäftigung gegen Entgelt.[2] Begründet wird die durch die GE 3102 eingeleitete Rechtsprechung damit, daß die bloße Nichtzulassung eines arbeitswilligen Arbeitnehmers zur Arbeit nicht sein Ausscheiden aus der Krankenversicherung zur Folge haben könne. "Andernfalls würde es lediglich von der Willkür des Arbeitgebers abhängen, ob ein Arbeitnehmer trotz seiner Bereitwilligkeit zur Leistung der übernommenen Arbeit sowie des Fortbestehens seines Arbeitsvertragsverhältnisses und der sich aus ihm ergebenden bürgerlichrechtlichen Bindung von den Wohltaten der Krankenversicherung ausgeschlossen sein soll," zumal der Arbeitnehmer die Beendigung des beschäftigungslosen Zustandes im Rechtswege nicht erzwingen könne: Des weiteren stützt sich die GE 3102 auf die Entscheidung des PrOVG vom 5.3.1896[3], derzufolge die Beschäftigung nicht ununterbrochen fortgesetzt werden muß, wenn nur das kontraktliche Arbeitsverhältnis weiterbesteht.
Den vorstehenden Gesichtspunkten ist eine über das Gebiet der Krankenversicherung hinausgehende allgemeine Bedeutung beizumessen.[4]

1) RVA (Az.IIa R 37/251), angeführt in RVA AN 1927, 582
2) RVA AN 1926, 383 (GE 2981)
3) PrOVG Bd.29, 341
4) RVA AN 1928, IV 314 (GE 3271)

Demgemäß besteht bei einer Aussperrung das Beschäftigungsverhältnis bis zum Wirksamwerden der Kündigung des zugrunde liegenden Arbeits- oder Dienstverhältnisses fort, wenn der Arbeitgeber durch längere Kündigungsfristen an einer sofortigen Auflösung der Arbeitsverträge gehindert ist.[1)]
Im Hinblick auf die Identität des Arbeits- und des Beschäftigungsverhältnisses folgt aus dieser Rechtsprechung, daß beide Grundtatbestände zu dem vertraglich zulässigen Zeitpunkt enden,[2)] daß das Beschäftigungsverhältnis insoweit zivilrechtlichen Grundsätzen unterfällt und daß beide Grundtatbestände daher als kongruent angesehen werden.
An der durch die GE 3102 eingeleiteten Rechtsprechung hat das RVA auch in der Folgezeit konsequent festgehalten.[3)]
Dabei wurde betont, daß die vorangegangene Rechtsprechung, soweit sie die Fortdauer des Beschäftigungsverhältnisses davon abhängig machte, daß die Verfügungsmacht des Arbeitgebers auch für die Dauer der Unterbrechung der tatsächlichen Arbeitsleistung bestehen bleibt und daß die Arbeit nach dem Willen der Parteien nach Beendigung der Unterbrechung wieder aufgenommen werden soll, zu eng ist. Diese Auffassung werde dem Zweck der Krankenversicherung nicht gerecht, der darin bestehe, den in

1) RVA AN 1932, IV 219 (GE 4395)

2) Eine Ausnahme gilt allerdings dann, wenn der Minderjährige entgegen dem ausdrücklichen Verbot des gesetzlichen Vertreters das befristete Arbeitsverhältnis nach Fristablauf fortsetzt. Im Arbeitsrecht (Nikisch, Arbeitsrecht I, 3.A., § 23 II 5, S.218) ist anerkannt, daß dem Minderjährigen, solange er tatsächlich im Dienste des Arbeitgebers steht, die Rechte und Pflichten eines Arbeitnehmers zuzuerkennen sind, die sich aus der Einordnung in den Betrieb ergeben. In diesem Fall besteht auch das Beschäftigungsverhältnis fort. Damit übereinstimmend hat das RVA (AN 1927 GE 3102, S.581, 582) ein die Versicherungspflicht begründendes Beschäftigungsverhältnis im Anschluß an die Rspr. des PrOVG (Bd.25, 345) auch dann angenommen, wenn ein Minderjähriger ohne Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters eine Arbeit aufgenommen hat.

3) RVA EuM Bd.22, 238 ff; EuM Bd.22, 333, 334; AN 1928, IV 314 (GE 3271); AN 1929, IV 66, 67 (GE 3352); Breithaupt 1929, S.299; EuM Bd.29, 117, 118, 119; AN 1932, IV 214 (GE 4372); AN 1932, IV 219 (GE 3271); EuM Bd.35, 519, 520; Breithaupt 1933, S.302, 304; Breithaupt 1933, S.542, 543; Breithaupt 1937, S.26; so bereits zuvor Dersch, Das neue Angestelltenversicherungsgesetz, Bem.5d, bb zu § 1 AVG

§ 165 RVO genannten in einem Arbeitsverhältnis stehenden Personen für den Fall der Erkrankung Hilfe zuteil werden zu lassen.[1)]
Mit der Aufgabe der vormaligen rein faktischen Betrachtungsweise wollte das RVA einen wirksamen Versicherungsschutz für die dienstwilligen, in einem Arbeitsverhältnis stehenden Arbeitnehmer gewährleisten sowie dem in der Zeit nach dem 1.Weltkrieg zugunsten der Arbeitnehmer gesetzlich begründeten Kündigungsschutz Rechnung tragen.[2)]
Diese Rechtsprechung belegt eindrucksvoll die Flexibilität des RVA, das sich nicht an starre Grundsätze gebunden fühlte,sondern seine Rechtsprechung den sozialen Bedürfnissen anzupassen wußte, indem es arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten Einfluß auf die versicherungsrechtliche Beurteilung einräumte.

3. Die vorstehend dargelegte Rechtsprechung des RVA zur Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses spricht zugleich dafür, auch den Beginn des Beschäftigungsverhältnisses nicht von der tatsächlichen Aufnahme der Arbeit abhängig zu machen.Wenn der Zeitpunkt der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses von arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten abhängig gemacht wird, so muß ein gleiches im Hinblick auf den Beginn des Beschäftigungsverhältnisses gelten, wenn das vertragliche Arbeitsverhältnis bereits vor Beginn der tatsächlichen Arbeit in Kraft tritt.
Für eine Vorverlegung des zeitlichen Beginns des Beschäftigungsverhältnisses spricht schließlich auch die spätere Rechtsprechung des RVA zur Einwirkung von Unterbrechungen der tatsächlichen Arbeit auf das Beschäftigungsverhältnis. Unterbrechungen der tatsächlichen Arbeit werden nach dieser Rechtsprechung in einer Vielzahl von Fällen durch den übereinstimmenden Willen der Parteien, das Arbeitsverhältnis in seinem Bestande unberührt lassen zu wollen, überbrückt. Kommt dem Willen der Parteien aber die das Beschäftigungsverhältnis erhaltende maßgebliche Bedeutung zu, so kann es keinen Unterschied machen, ob die tatsächliche Arbeitsleistung bereits zu Beginn des Beschäf-

1) RVA EuM Bd.22, 238, 242
2) vgl. in diesem Sinne Weck, DK 1928, S.176,177

tigungsverhältnisses oder erst später nicht erbracht werden kann. Bei Verzögerung der tatsächlichen Arbeitsaufnahme ist ebenfalls das Willensband der Parteien allein ausschlaggebend.[1)]

Das RVA sowie weitere Gerichte haben dementsprechend mehrfach das Bestehen eines versicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses bejaht, obwohl es zu einer tatsächlichen Aufnahme der Arbeit noch nicht gekommen war.

Gemäß § 306 RVO beginnt die Mitgliedschaft in der Krankenversicherung mit dem Tage des Eintritts in die versicherungspflichtige Beschäftigung, und zwar bereits mit dem Beginn dieses Tages, nicht erst im Zeitpunkt der eigentlichen Arbeitsaufnahme im Verlaufe des Tages.[2)] Von dem Erfordernis, daß der Arbeitgeber äußerlich erkennbar die Verfügungsmacht über die Arbeitskraft des zur Dienstleistung Verpflichteten erlangt haben muß, wird insoweit entgegen der früheren Rechtsprechung des RVA abgesehen.[3)]

Darüber hinaus besteht Einigkeit darin, daß das versicherungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis jedenfalls dann beginnt,

1) In der Literatur wurde die Frage des Beginns des Beschäftigungsverhältnisses in einem Aufsatz von v.Frankenberg, Arb Vers.1906, S.105 ff (S.92 dieser Arbeit) sowie in zwei Rechtsauskünften in der Zeitschrift "Die Arbeiterversorgung" 1934, S.126 und S.239 behandelt. In den beiden Auskünften wird die Auffassung vertreten, daß der Arbeitnehmer sich dem Arbeitgeber bereits zur Verfügung gestellt haben muß, damit das Beschäftigungsverhältnis beginnen kann. Das Beschäftigungsverhältnis soll daher nicht zur Entstehung gelangen, wenn infolge einer Erkrankung auf dem Wege zur Arbeit der Arbeitsantritt unterbleibt. Dieser Auffassung ist Bundschu, DK 1931, Sp.1454 ff beigetreten.

2) RVA AN 1928, IV 182, 183 (GE 3171); AN 1930, IV 483 (GE 3904); ein Arbeitnehmer, dessen Frau um 2 Uhr morgens entbindet und der am selben Tag um 13.15 seine neue Arbeit antritt, hat daher bereits Anspruch auf die Mutterschaftshilfe. Denn die Mitgliedschaft in der Krankenkasse beginnt bereits mit dem Beginn des Tages, an dem die versicherungspflichtige Tätigkeit aufgenommen wird.

3) Nach der früheren Rechtsprechung des RVA war ein Beginn des Beschäftigungsverhältnisses erst dann anzunehmen, wenn der Arbeitgeber äußerlich erkennbar die Verfügungsmacht über die Arbeitskraft des Arbeitnehmers erlangt hatte, vgl. RVA AN 1915, 371 (GE 1969); AN 1916, 588 (GE 2233); so ebenfalls die Auskunft in der "Arbeiterversorgung" 1923, S.47, Nr.4 m.w.N.

wenn der Arbeitnehmer unter Befolgung der Anweisung des Arbeitgebers den Weg zur Arbeitsstelle antritt.[1)]
Nach Auffassung des Bad.LVA[2)] ist entscheidend für das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses, wann der Arbeitnehmer nach Art des in Frage stehenden Arbeitsvertrages in die Verfügungsmacht des Arbeitgebers übergetreten ist. Den Eintritt in die Verfügungsmacht des Arbeitgebers folgert das LVA in dem zur Entscheidung anstehenden Fall daraus, daß der Arbeitnehmer in die häusliche Gemeinschaft des Arbeitgebers aufgenommen wurde, daß er alsbald abreiste, um sein Gepäck abzuholen, des weiteren aus dem Umstand, daß der Arbeitnehmer in der auf die Rückkehr folgenden Nacht beim Arbeitgeber nächtigen sollte. Das LVA schließt daraus, daß sich beide Teile bereits mit dem Vertragsschluß an den Vertrag gebunden fühlten und daß der Arbeitnehmer "alsbald in die Dienste und die Verfügungsgewalt des Arbeitgebers trat und treten wollte." Daran ändere auch eine nachträgliche - offenbar entgegengesetzte - Erklärung des Arbeitnehmer nichts. Daß die "nach Art des in Frage stehenden Arbeitsvertrages" bestehende Verfügungsmacht nicht mit der tatsächlichen Verfügungsmacht identisch ist, beweist die Sachverhaltsschilderung. Letztlich fußt die Entscheidung auf der vagen Feststellung, nach allen Umständen des Falles müsse als sicher angenommen werden, daß der Arbeitgeber schon mit Abschluß des Vertrages von dem Arbeitnehmer die Arbeitsleistung verlangen konnte und dieser sie ggf. nicht verweigert hätte. In der gleichen Ebene liegt die Feststellung, die Parteien hätten sich bereits mit dem Vertragsschluß an diesen gebunden betrachtet. Gründet sich die Annahme, daß das Beschäftigungsverhältnis bereits vor Antritt der Arbeit entstanden ist, somit auf dem von den Parteien als verbindlich betrachteten Vertragsschluß, so lassen sich Unterschiede zwischen der sozialversicherungsrechtlichen Verfügungsmacht und der arbeitsrechtlichen Gebundenheit nicht mehr konstruieren. Die Entscheidung des Bad.LVA hat sich somit im wesentlichen an

1) RVA, Breithaupt 1934, S.307, 308; OVA Würzburg, Breithaupt 1938, S.470, 471; Auskunft in der "Arbeiterversorgung" 1930, S.399, Nr.1

2) Bad.LVA, Breithaupt 1929, S.255, 256

arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten ausgerichtet.[1)]
In weiteren Entscheidungen hat das RVA verkündet , daß das Beschäftigungsverhältnis bereits an einem arbeitsfreien Sonn- oder Feiertag beginnt, wenn dies zwischen den Vertragsparteien ausdrücklich vereinbart ist oder aus besonderen Umständen hervorgeht.[2)] Vorausgesetzt wird dabei, sofern nur eine entgeltliche Beschäftigung die Versicherungspflicht begründet, daß das Entgelt auch bereits für den Sonntag gewährt wird und daß der Arbeitnehmer bereits zu diesem Zeitpunkt der Verfügungsmacht des Arbeitgebers untersteht. Letzteres wird aber bereits dann angenommen, wenn der Arbeitsvertrag für einen kalendermäßig bestimmten Zeitraum geschlossen ist, der mit einem Sonntag beginnt. Dem Erfordernis der Verfügungsmacht kommt somit keine eigenständige Bedeutung zu. Allein die Parteivereinbarung entscheidet über den Beginn des Beschäftigungsverhältnisses.

Der grundsätzlichen Entscheidung vom 19.8.1936[3)] liegt der folgende Sachverhalt zugrunde: Durch eine Postkarte teilte die spätere Arbeitgeberin einem Arbeitsuchenden mit, falls er eine vier- bis fünfwöchige Aushilfebeschäftigung annehmen wolle, könne er diese am Sonnabend um 7 Uhr beginnen. Der Arbeitnehmer bat die betreffende Firma sofort, daß er erst am Montag an seinem Arbeitsplatz zu erscheinen brauche und die auf den Sonnabend fallenden Arbeitsstunden nachholen könne, da er noch wichtige persönliche Angelegenheiten zu erledigen habe. Die Firma erklärte sich hiermit einverstanden. In den folgenden 14 Tagen wurden diese Arbeitsstunden tatsächlich nachgeholt. Das Gehalt wurde bereits für den Sonnabend gewährt.
In den Entscheidungsgründen führt das RVA aus, der Wille der Vertragsparteien sei dahin gegangen, daß das Beschäftigungsverhältnis bereits am Sonnabend beginnen sollte. Für diesen Tag sei der Arbeitnehmer lediglich beurlaubt worden.
Die tatsächliche Verfügungsmacht über die Arbeitskraft des Arbeitnehmers hätte im vorliegenden Fall nur dann bestanden, wenn

1) Der Entscheidung des Bad.LVAmtes haben Schelle, DOK 1937, S.268, 271 und Wisser, ArbVers.1939, S.147, 148 zugestimmt. Beide gehen aber davon aus, daß der Arbeitgeber in diesem Fall bereits die Verfügungsmacht erlangt hatte.

2) RVA EuM, Bd.26, 143, 144; AN 1932, IV 204, 205 (GE 4360)

3) RVA, Breithaupt 1936, S.629, 630, 631

der Arbeitnehmer auf eine entsprechende Arbeitsanforderung hin bereits am Sonnabend die tatsächliche Arbeit aufgenommen hätte.[1] In Anbetracht der wichtigen persönlichen Angelegenheiten des betreffenden Arbeitnehmers, die am Sonnabend erledigt werden mußten, muß es aber zweifelhaft erscheinen, ob er bei mangelndem Entgegenkommen tatsächlich am Sonnabend gearbeitet hätte. Nur in diesem Fall hätte aber die Verfügungsmacht bereits am Sonnabend bestanden. Das RVA ist dieser Frage nicht nachgegangen. Es hat sich mit der knappen Feststellung begnügt, daß das Beschäftigungsverhältnis nach dem Willen der Parteien bereits am Sonnabend beginnen sollte. Es muß daher davon ausgegangen werden, daß hier nach Auffassung des RVA selbst das Fehlen der Verfügungsmacht dem Beginn des Beginn des Beschäftigungsverhältnisses nicht entgegengestanden hätte.

In einer weiteren Entscheidung stellt das RVA fest, daß ein Beschäftigungsverhältnis auch durch einen Vorvertrag begründet werden kann.[2]

Der Entscheidung liegt der folgende Sachverhalt zugrunde: Der Artist Sch. führte zusammen mit seiner Frau in den Theaterräumen eines Varieté-Theaters vor dessen Direktion eine Probevorstellung auf, um dort ein Engagement zu erhalten. Bei dieser Vorstellung riß ein Drahtseil und das Ehepaar stürzte auf die Bühne.Die Ehefrau starb an den Folgen der Verletzung, Sch. selbst erlitt einen Schenkelbruch. Die beklagte Berufsgenossenschaft, bei derder Betrieb des Varieté-Theaters versichert war, lehnte den Anspruch des Artisten Sch. auf Unfallentschädigung ab,weil ein arbeitsverhältnis nicht vorgelegen habe und ein Betriebsunfall deshalb ausscheide.

1) vgl. in diesem Sinne das von v.Frankenberg, ArbVers.1906, S.107, Ziff.1 gebildete Beispiel

2) RVA, Breithaupt 1937, S.38, 39

In den Entscheidungsgründen führt das RVA aus, die Besonderheit des vorstehenden Falles liege darin, daß für die Probevorstellung die Bühneneinrichtung und ein Teil des technischen Personals des Varietés zur Verfügung gestellt werden mußte, so daß es erforderlich gewesen sei, die Einzelheiten und den Zeitpunkt des Auftretens vorher genau festzulegen. Durch die damit in Zusammenhang stehenden Vereinbarungen sei bürgerlichrechtlich ein Vertragsverhältnis zwischen dem Ehepaar Sch. und dem Varieté begründet worden, das, soweit die in Aussicht genommene Verpflichtung für das Varieté in Frage stehe, als Vorvertrag hierfür zu gelten habe und im übrigen versicherungsrechtlich jedenfalls ausreiche, um, wenn auch nur vorübergehend, die für den Begriff des Beschäftigungsverhältnisses erforderliche Abhängigkeit zu schaffen.

In der letzten einschlägigen Entscheidung hatte das RVA darüber zu befinden, ob das versicherungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis bereits begonnen hat, wenn der Arbeitnehmer auf dem Wege zum Antritt der Arbeit erkrankt.[1] Dies wurde für den Regelfall bejaht, da der Arbeitnehmer auf diesem Wege im allgemeinen bereits der Verfügungsmacht des Arbeitgebers untersteht.

Nach Auffassung des RVA ist Voraussetzung für das Bestehen der Verfügungsmacht in einem derartigen Fall, daß schon vom Beginn des Weges an zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer räumlich ein derart nahes Verhältnis besteht, daß letzterer seine Verfügungsmacht unschwer verwirklichen kann. Es müsse gewährleistet sein, daß der Arbeitgeber den Arbeitnehmer schon

1) RVA AN 1941, II 70, 71 (GE 5404)

vom Ausgangspunkt des Weges oder der Reise an erreichen kann. Diese Voraussetzung wurde im vorliegenden Fall bei einem auswärtigen Arbeitnehmer, dem die Abreise durch einen Knöchelbruch auf dem Bahnhof unmöglich wurde, nicht als gegeben angesehen.[1)]

Demgegenüber haben das Versicherungsamt Halle und das OVA Merseburg[2)] unter Bezugnahme auf den Bescheid des PrOVG vom 23.10.1905[3)] entschieden, daß der erste Arbeitsweg zu einer Beschäftigung bereits von der Versicherung erfaßt wird, da diese mit dem Beginn des Tages ihren Anfang nimmt, an dem der Versicherte in die versicherungspflichtige Beschäftigung eintritt. In dem zur Entscheidung anstehenden Fall stürzte ein Arbeitnehmer auf dem ersten Weg zur Arbeit, wobei er sich eine die Arbeitsunfähigkeit bewirkende Verletzung zuzog. Beiden Entscheidungen liegt allerdings eine nicht bedenkenfreie Übertragung der Grundsätze des § 545a a.F. RVO auf das Krankenversicherungsrecht zugrunde.

Auch nach Auffassung des OVA Zwickau[4)] soll die Mitgliedschaft Versicherungspflichtiger bereits vor Aufnahme der tatsächlichen Arbeit beginnen. Der Entscheidung liegt der folgende Sachverhalt zugrunde: Ein Arbeitnehmer hatte am Sonnabend seine bisherige Arbeit aufgegeben, weil er am Montag eine neue Beschäftigung bei einem anderen Arbeitgeber beginnen wollte. Am Montag erkrankte er jedoch arbeitsunfähig, so daß er seinen Dienst nicht antreten konnte. Das OVA ist in seiner Entscheidung davon ausgegangen, daß das Beschäftigungsverhältnis zur Zeit der Erkrankung bereits begonnen hatte. Begründet wird diese Ansicht damit, daß nicht der Beginn der tatsächlichen Arbeit, sondern der Wille der Beteiligten, gerichtet auf das Zustandekommen des

1) Diese Entscheidung wird zu Recht von Bogs, DOK 1970, S.576 sowie in der Entscheidung des BSG vom 28.2.1967 (BSGE 26, 124, 127, 128) abgelehnt. Das BSG ist der Ansicht, die Intensität der Verfügungsgewalt setze nicht jederzeitige Erreichbarkeit voraus. Von der körperlichen Nähe oder Entfernung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer könne deshalb die Annahme der Verfügungsmacht nicht abhängig gemacht werden. Goertz, ArbVers.1942, S.144, 145 möchte entgegen dem RVA die Verfügungsmacht in diesem Fall bejahen, weil ansonsten fraglich sei, wo dann - mittels der Konstruktion der Verfügungsmacht des Arbeitgebers - die Grenze gezogen werden soll.

2) VA Halle - OVA Merseburg, DK 1930, S.672

3) PrOVG Bd.48, 344, 345, 346

4) OVA Zwickau, ArbVers.1939, S.36, 37

Vertragsverhältnisses den Beginn der versicherungspflichtigen Beschäftigung begründet und daß dann die Mitgliedschaft auf den Beginn des Tages zurückwirkt, an dem die Verfügungsmacht des Arbeitgebers bestanden hätte. Die Pflichtmitgliedschaft beginnt bereits mit dem Beginn des Tages, an welchem der Eintritt in die versicherungspflichtige Beschäftigung den ganzen Umständen nach ernstlich beabsichtigt war."
In der bereits in anderem Zusammenhang behandelten Entscheidung des RVA vom 17.9.1925[1] galt ein Arbeitsvertrag auf Grund des die Einstellung eines Schwerbeschädigten anordnenden Beschlusses der Hauptfürsorgestelle als abgeschlossen. Die tatsächliche Beschäftigung war hingegen infolge einer Weigerung des Arbeitgebers unterblieben. Dessen ungeachtet hat das RVA das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses bereits auf Grund des abgeschlossenen Vertrages bejaht.
In den Entscheidungsgründen wird ausgeführt, ein versicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis liege jedenfalls dann vor, wenn ein gültiger Arbeitsvertrag zustande gekommen sei.

4. Nicht nur die zeitliche Erstreckung des Beschäftigungsverhältnisses, auch die Arbeitgebereigenschaft wurde vom RVA nach privatrechtlichen Gesichtspunkten bestimmt.
So hat das RVA mehrfach entschieden, daß als Arbeitgeber für ein Beschäftigungsverhältnis, das durch einen von der Ehefrau im Rahmen ihres häuslichen Wirkungskreises abgeschlossenen Dienstvertrag begründet wird, nur der Ehemann anzusehen ist.[2]
In den Entscheidungsgründen wird ausgeführt, im Rahmen des § 1357 BGB werde grundsätzlich nur der Ehemann berechtigt, die Ehefrau nur, wenn sie ausdrücklich im eigenen Namen handle oder wenn die Umstände dies ergäben. Da sonach der Ehemann Vertragspartei sei, könne auch nur er als Arbeitgeber im Sinne der Reichsversicherungsordnung angesehen werden.
In gleicher Weise wurde bei Personenmehrheiten die Arbeitgebereigenschaft nach rechtlichen und nicht nach faktischen Gesichtspunkten bestimmt.[3]

1) RVA (Az.II a R 37/251), angeführt in RVA AN 1927, 582
2) RVA AN 1923, 206, 207 (GE 2754); Breithaupt 1933, S.291, 292
3) RVA AN 1939, IV 173, 174 (E 5280); EuM Bd.28, 72, 73

Bei der Frage nach der Einheit des Arbeitgebers sollen rein wirtschaftliche Betriebsverflechtungen, soweit sie nicht einen maßgebenden rechtlichen Ausdruck gefunden haben, nicht berücksichtigt werden."Ob Einheit des Arbeitgebers vorliegt, ist ausschließlich nach rechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen."[1)]

Diese Grundsätze stehen im Widerspruch zu einer faktischen Betrachtungsweise. In der Ebene des Faktischen ist die Person des Arbeitgebers ausschließlich an Hand tatsächlicher Kriterien wie der faktischen Verfügungsmacht zu bestimmen.

Bei der Abgrenzung der selbständigen von der unselbständigen Erwerbstätigkeit hat das RVA wiederholt auf die Vereinbarungen der Parteien und den Parteiwillen abgestellt.

Das Festhalten des RVA an privatrechtlichen Gestaltungsformen kommt ersichtlich in der Formulierung zum Ausdruck, die Frage der Selbständigkeit oder Unselbständigkeit entscheide sich nach den Vertragsbestimmungen und den tatsächlichen Geschäftsbeziehungen[2)] sowie in der Begründung, nach dem Inhalt des betreffenden Vertrages sei der Beschäftigte als Handlungsgehilfe anzusehen.[3)] In weiteren Entscheidungen wird die Abgrenzung der selbständigen von der unselbständigen Erwerbstätigkeit davon abhängig gemacht, ob dem Beschäftigten nach den getroffenen Vereinbarungen eine geringere oder größere Selbständigkeit bezüglich der Leitung der Arbeitsausführung sowie der Einteilung der Arbeitszeit zukommt.[4)]

In der GE 3017 wird in Übereinstimmung hierzu ausgeführt, nach dem Inhalt des dem Agentenverhältnis zugrunde liegenden Vertrages hätten beide Teile den Willen gehabt, nicht ein Arbeitnehmerverhältnis zu schaffen, sondern ihre Selbständigkeit zu bewahren.[5)]

In weiteren Entscheidungen schließlich wird zunächst die zivilrechtliche Rechtsnatur des zwischen den Parteien bestehenden Vertragsverhältnisses geklärt, um eine Ausgangsbasis für die versicherungsrechtliche Beurteilung zu finden.[6)]

1) RVA, Breithaupt 1939, S.90, 91
2) RVA AN 1907, 493
3) OVA Saarbrücken, ArbVers.1942, S.298
4) RVA AN 1930, IV 47, 48 (GE 3629); OVA Marienwerder, ArbVers. 1939, S.86, 87; RVA AN 1930, IV 182, 183 (GE 3705)
5) RVA AN 1927, 24, 26 (GE 3017)
6) RVA ArbVers.1916, S.827; AN 1924, 187 188 (GE 2807)

In Übereinstimmung mit der weitgehenden Berücksichtigung der privatrechtlichen Beziehungen schränkt das RVA in diesen Entscheidungen auch den nominell geltenden Grundsatz von der ausschließlichen Maßgeblichkeit des Faktischen ein. Für die Beurteilung, ob ein versicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis vorliegt, sollen nicht so sehr die privatrechtlichen, als vielmehr die wirtschaftlichen und tatsächlichen Beziehungen maßgebend sein,[1] soll die zivilrechtliche Erscheinungsform eines Verhältnisses nicht schlechthin und unbedingt ausschlaggebend sein.[2]

Die vorstehende Rechtsprechung zeigt, daß das RVA lediglich bemüht war, sich von der bürgerlich-rechtlichen Terminologie und der Parteideklaration freizumachen, nicht aber vom Vertrage selbst.[3]

Indem das RVA privatrechtlichen Gesichtspunkten einen weitgehenden Einfluß auf die versicherungsrechtliche Beurteilung eingeräumt hat, hat es anerkannt, daß die privatrechtlichen Beziehungen der Parteien die Grundlage des Versicherungsverhältnisses bilden. Die Sozialversicherung ist somit geradezu - wie Bogs erkannt hat - der öffentlich-rechtliche Überbau auf einer privatrechtlichen Ebene.[4]

Besondere Schwierigkeiten bei der Feststellung der versicherungsrechtlich relevanten Kriterien entstehen bei den gewillkürten Arbeitsverhältnissen.[5] Familienangehörige sowie Teilhaber von Handelsgesellschaften können sowohl auf Grund eines rein familien- oder gemeinschaftsrechtlichen Verhältnisses wie auf arbeitsvertraglicher Grundlage tätig werden. Das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit vermag nicht immer eindeutig Aufschluß darüber zu geben, ob eine Eingliederung nach Art eines Arbeitnehmers erfolgt ist, da die persönliche Abhängigkeit Indiz sowohl für ein familien- wie für ein arbeitsrechtliches Verhältnis sein kann

Darüber hinaus nehmen Rechtsverhältnisse dieser Art infolge der

1) RVA AN 1913, 841 (GE 1789); EuM Bd.22, 150; AN 1929, V 164, 165 (GE 3394); AN 1930, IV 47, 48 (GE 3629)

2) RVA AN 1927, 24, 26 (GE 3017)

3) v.Altrock, RdA 1951, S.130, 131

4) Bogs, ZRR 1938, S.165, 166, ders., WzS 1951, S.2, 4

5) Arbeitsverhältnisse zwischen nahen Familienangehörigen und von Teilhabern mit ihrer Gesellschaft werden hier als gewillkürte Arbeitsverhältnisse bezeichnet, da sie der Parteivereinbarung in besonderem Maße verhaftet sind.

Verwandtschaft bzw. der Gesellschaftszugehörigkeit in der Regel mildere Formen an, so daß auch dadurch eine klare Abgrenzung erschwert wird.
Das RVA sah sich in diesen Fällen einer Doppelstellung ebenfalls genötigt, von dem Willen der Parteien und damit von zivilrechtlichen Kategorien auszugehen. Dabei hat es den rechtsgeschäftlichen Gehalt der ausgetauschten Willenserklärungen unter Hinzuziehung erweiterter tatsächlicher Kriterien ermittelt. Diese Kriterien sind aber lediglich Indizien für oder gegen das Vorliegen entsprechender Parteivereinbarungen, sie berühren daher nicht den Ausgangspunkt,daß das RVA in diesen Fällen vom Parteiwillen ausgegangen ist.
Deutlich wird dies an zwei Entscheidungen zur Versicherungspflicht einer im Hause ihres Bruders tätigen Schwester.
In der E 1535[1] führt das RVA aus, ob ein Über- und Unterordnungsverhältnis vorliege, entscheide sich nicht ausschließlich nach dem Willen der Beteiligten, dieser dürfe vielmehr mit den tatsächlichen Umständen und der Verkehrsauffassung nicht in einem offenen Widerspruch stehen. Von dem rechtsgeschäftlichen Willen wird daher verlangt, daß er über eine reine Konstruktion hinaus in der tatsächlichen Lebensgestaltung verwirklicht wurde und der Verkehrsauffassung nicht entgegensteht. In der weiteren einen gleichen Fall betreffenden Entscheidung, in der das RVA von einer inzwischen gewandelten Verkehrsauffassung gegenüber Arbeitsverhältnissen unter Familienangehörigen ausgeht, stellt das RVA fest, es liege kein Anlaß mehr vor, bei Prüfung des einzelnen Falles der ernstlich auf die Begründung eines Lohnarbeitsverhältnisses gerichteten und durch die tatsächlichen Verhältnisse unterstützten Absicht der Beteiligten allzu streng entgegenzutreten. Der Absicht der Beteiligten werde in Zukunft größeres Gewicht als bislang beizulegen sein.[2]

1) RVA AN 1911, 398, 399

2) RVA AN 1914, 774, 775 (GE 1923); vgl. auch die grundsätzliche Entscheidung Nr.1605, AN 1912, S.825, 826 des RVA. In dieser Entscheidung stellt das RVA fest, die Frage, ob ein Beschäftigungsverhältnis vorliegt, hänge davon ab, ob zwischen den Verwandten "tatsächlich ein Lohndienstverhältnis, d.h. ein Abhängigkeitsverhältnis mit dem Ziel der Leistung von Arbeit gegen Entgelt, wie es im freien Verkehr auf dem allgemeinen Arbeitsmarkte durch Verträge begründet wird, geschaffen werden sollte und geschaffen worden ist."

Insbesondere in der letzten Entscheidung wird dem Willen der Parteien die primäre Bedeutung zugesprochen, die tatsächlichen Umstände werden lediglich unterstützend als Indizien herangezogen.

Die Affinität zu einer privatrechtlichen Betrachtungsweise kommt auch darin zum Ausdruck, daß das RVA zur Frage der Versicherungspflicht des Geschäftsführers einer OHG, der zugleich deren Gesellschafter ist, ausführt, diese Frage sei nicht ausschließlich nach privatrechtlichen Gesichtspunkten und der Rechtsform des Gesellschaftsverhältnisses zu beurteilen, sondern auch unter Berücksichtigung der tatsächlichen Stellung des Geschäftsführers und der gesamten gegenseitigen wirtschaftlichen Beziehungen zwischen ihm, der Gesellschaft sowie den Mitgesellschaftern.[1)]

Wie sehr das RVA dem Parteiwillen sowie den für die privaten Rechtsbeziehungen erheblichen Momenten verhaftet bleibt, wird auch an der E 1592[2)] ersichtlich. In dieser Entscheidung führt das RVA aus, bei Beurteilung der Frage, ob durch einen Vertrag die Versicherungspflicht begründet werde, komme es nicht auf die Form und Bezeichnung, sondern auf den Zweck des Vertrages und die Ziele, die von den Parteien mit dem Vertrag verfolgt worden seien, an. Prinzipiell wird damit anerkannt, daß in diesen Fällen einer Doppelstellung Kriterium für das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses ein entsprechender Wille der Parteien ist, wie dies für das arbeitsrechtliche Vertragsverhältnis ebenfalls der Fall ist. Die Abgrenzung zur versicherungsfreien Tätigkeit wird in diesen Fällen somit nach zivilrechtlichen Grundsätzen unter Hinzuziehung erweiterter objektiver Kriterien vorgenommen. Letzteres gilt aber in gleicher Weise

1) RVA AN 1939, IV 430, 431 (GE 5320); diese Einschränkungen gegenüber der alleinigen Maßgeblichkeit der Parteiautonomie ergeben sich daraus, daß die unbeschränkte Haftung eines Gesellschafters sowie ein überwiegender Einfluß mit der persönlichen Abhängigkeit und damit mit der Versicherungspflicht unvereinbar sind. Demgemäß hat das RVA die Lehre vom maßgebenden Einfluß, der die Versicherungspflicht ausschließt, entwickelt. Ein maßgebender Einfluß liegt vor, wenn der geschäftsführende Gesellschafter mehr als die Hälfte der Geschäftsanteile besitzt oder auf Grund der unbeschränkten Haftung für die Gesellschaftsverbindlichkeiten die eigene Gesellschaft wirtschaftlich beherrscht; vgl. hierzu RVA AN 1939, IV 430, 431, 432; EuM Bd.40, 372

2) RVA AN 1911, 634

für das Arbeitsrecht und stellt daher ebenfalls keine aus dem Wesen des Beschäftigungsverhältnisses sich ergebende Besonderheit dar. So hat das RAG[1] entschieden, entsprechend der besonderen Lage des Falles, nämlich etwa nach der größeren oder geringeren Nähe der Verwandtschaft müßten mehr oder weniger deutliche besondere Beweisanzeichen dafür verlangt werden, daß die Beteiligten ein arbeitsrechtliches Vertragsverhältnis begründen wollten. An dieser Entscheidung wird zugleich die Kongruenz der zivilrechtlichen und der sozialversicherungsrechtlichen Betrachtungsweise in den Fällen der familien- bzw. arbeitsvertraglichen Doppelstellung ersichtlich.

Ausschließliche Maßgeblichkeit bei der versicherungsrechtlichen Beurteilung kommt dem Parteiwillen schließlich in der Rechtsprechung des RVA zur Versicherungspflicht sogenannter Meistersöhne zu, die auf Grund familienhafter wie dienstvertraglicher Verpflichtung tätig werden können. Der Versicherungsträger hat sich hier nahezu uneingeschränkt dem Parteiantrag zu fügen. "Er darf und muß allein dann ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis annehmen, wenn sich die Parteien ihm gegenüber darauf berufen. Die Rechtsfigur des Meistersohnes unterwirft den Versicherungsträger fast vollständig der jeweiligen Rechtsansicht der Parteien."[2]

Auch in den Fällen der Abgrenzung der freien Erwerbstätigkeit von einer unfreien Arbeitsleistung[3] sowie des eheähnlichen Zusammenlebens von einer abhängigen Arbeitsleistung[4] hat das RVA jeweils nach den Kriterien gesucht, die für oder gegen ein Arbeitsverhältnis und damit für oder gegen die Versicherungspflicht sprechen. So wird bei einer an Epilepsie leidenden Kranken, die in einem Heim untergebracht war und der es freistand, im Betriebe mitzuarbeiten, die Versicherungspflicht mit der Begründung verneint, es fehle vollständig an der persönlichen Abhängigkeit, da eine rechtliche Verpflichtung zur Arbeitsleistung nicht bestanden habe.[5]

1) RAG, Breithaupt 1934, S.296 = RAGE Bd.13,252,254

2) v.Altrock, Monatsschrift für Arbeiter und Angestellten-Versicherung 1940, Sp.97, 103-106

3) RVA AN 1900, 531 (GE 1796) betreffend die Versicherungspflicht der außerhalb der Zwangserziehungsanstalt, aber ohne Entlassung aus der Zwangserziehung bei einem Lehr- oder Dienstherrn untergebrachten Jugendlichen.

4) RVA, ArbVers.1942, S.274

5) OVA Stuttgart, Breithaupt 1939, S.351, 353

IV. Stellungnahme zur Rechtsprechung des Reichsversicherungsamtes

Die Wesensmerkmale des versicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses können auch unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des RVA nicht faktisch gedeutet werden.
Die Bindung an eine faktische Betrachtungsweise hat das RVA nach anfänglicher Befolgung sehr schnell abgestreift. Unterbrechungen der tatsächlichen Arbeit beenden das Beschäftigungsverhältnis jedenfalls bei Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses nicht. Sie werden durch die willensmäßige Bereitschaft der Vertragsparteien, das Arbeitsverhältnis nach der Unterbrechung fortsetzen zu wollen und damit durch den sog. Fortsetzungswillen bzw. durch die Nichtlösung des Arbeitsverhältnisses rechtswirksam überbrückt. Letzteres gilt schließlich auch für die zunächst nicht ganz einheitliche Rechtsprechung zur Betriebsstillegung. Denn in seiner grundsätzlichen Entscheidung vom 26.5.1943[1] betont das RVA, daß die Dienstbereitschaft in diesen Fällen nicht unbedingte Voraussetzung für das Fortbestehen des Beschäftigungsverhältnisses ist, sofern das arbeitsrechtliche Vertragsverhältnis fortbesteht. Ebenfalls wird im Bescheid des RVA vom 18.7.1941 zum unentschuldigten Fernbleiben von der Arbeit[2] dem zeitweisen Fehlen der Dienstbereitschaft und damit der Verfügungsmacht keine Bedeutung zugesprochen, sofern die arbeitsrechtliche Bindung aufrechterhalten bleibt. Auf die faktische Verfügungsmacht als Voraussetzung für den Bestand des Beschäftigungsverhältnisses wird ausdrücklich in der Rechtsprechung des RVA zur Unterbrechung der tatsächlichen Arbeit infolge einer die Arbeitsunfähigkeit bewirkenden Krankheit sowie in der Rechtsprechung zur Unterbrechung der Arbeit durch militärische Übungen verzichtet, indem der Begriff des Ruhens der Verfügungsmacht in die Dogmatik zum Beschäftigungsverhältnis aufgenommen wird.
Soweit die Rechtsprechung des RVA in abgeschwächter Form lediglich das grundsätzliche Bestehen der Arbeitsbereitschaft und

1) RVA EuM Bd.50, 319, 321
2) RVA AN 1941, 323

der Verfügungsmacht für den Fortbestand des Beschäftigungsverhältnisses bei Unterbrechungen der tatsächlichen Arbeit verlangt, gibt sie damit ebenfalls zu erkennen, daß beide vorübergehend ruhen und damit entfallen können. Denn die grundsätzliche Dienstbereitschaft und die im Grundsätzlichen bestehende Verfügungsmacht bedeuten nichts anderes als die übereinstimmende Absicht der Parteien, nach Fortfall des Hinderungsgrundes die Beschäftigung wiederaufnehmen zu wollen. Unterbrechungen der tatsächlichen Arbeit werden daher durch das rechtliche Willensband der Parteien und nicht aus faktischen Erwägungen heraus überbrückt.

In dem Bescheid des RVA zum unentschuldigten Fernbleiben von der Arbeit sowie in der Rechtsprechung zur Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses wird arbeitsvertraglichen Gesichtspunkten der ausschlaggebende Einfluß auf die versicherungsrechtliche Beurteilung eingeräumt. Auch der Beginn des versicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses wird vielfach von den Vereinbarungen der Parteien abhängig gemacht. Wenn das RVA in einer Reihe von Entscheidungen zur Rechtsnatur des Beschäftigungsverhältnisses ausführt, das Beschäftigungsverhältnis richte sich weniger nach rechtlichen als nach tatsächlichen Gesichtspunkten, so wird hiermit zugegeben, daß auch rechtliche Gesichtspunkte für die versicherungsrechtliche Beurteilung von Bedeutung sind.

Käme tatsächlichen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten bei der versicherungsrechtlichen Beurteilung in der Rechtsprechung des RVA tatsächlich das Primat zu, so hätte das RVA in der GE 2981 vom 15.8.1926[1)] nicht erklären können, Grundlage der Krankenversicherungspflicht nach § 165 Abs.2 RVO sei die nach bürgerlich rechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilende Beschäftigung gegen Entgelt.

Entscheidungen, die ausschließlich unter dem Leitgedanken einer Bindung an die Maßgeblichkeit des Faktischen stehen, wurden durch die spätere Rechtsprechung nicht mehr aufrechterhalten, wie dies für die E 340 und die zur Betriebsstillegung ergangenen

1) RVA AN 1926, 383

ausschließlich faktisch begründeten Entscheidungen der Fall ist. Wurde das Fortbestehen des Beschäftigungsverhältnisses bei einer Unterbrechung der tatsächlichen Arbeitsleistung ursprünglich nur dann anerkannt, wenn die Verfügungsmacht des Arbeitgebers über den Arbeitnehmer nach dem Willen der Parteien auch für die Dauer der Unterbrechung bestehen blieb und wenn die Arbeit nach der Unterbrechung wieder aufgenommen werden sollte, so wurde in späteren Entscheidungen betont, daß diese Rechtsauffassung zu eng sei.[1)]

Unberührt von dem Wandel in der Rechtsprechung des RVA, der durch die Abkehr von der Bindung allein an das faktische Arbeitsverhältnis gekennzeichnet ist, blieb die Rechtsprechung zur Unterbrechung der tatsächlichen Arbeit durch einen Streik. Aber hierbei ist zu berücksichtigen, daß diese Rechtsprechung des RVA nicht die Möglichkeit zur Fortbildung hatte, da Arbeitsniederlegungen nach 1933 nicht mehr statthaft waren. Außerdem dürfte diese Rechtsprechung des RVA im wesentlichen auf der seinerzeit h.M. im Arbeitsrecht beruhen, nach der ein Arbeitnehmer seine Hauptpflicht aus dem Arbeitsvertrag widerrechtlich und schuldhaft verletze, wenn er sich an Arbeitskämpfen beteiligte, ohne fristgerecht zu kündigen.[2)] In die Rechtsprechung des RVA zur Unterbrechung der tatsächlichen Arbeit durch einen Streik dürften somit auch arbeitsrechtliche Erwägungen eingegangen sein.

Zwar beruht auch die GE 5402[3)] zum Beginn des Beschäftigungsverhältnisses auf einer im wesentlichen faktischen Betrachtungsweise. Aber auch hier ist zu berücksichtigen, daß sich die Rechtsprechung zum Beginn des Beschäftigungsverhältnisses erst einen neuen Weg zu bahnen begann und daß die vorgängige Rechtsprechung zur Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses, die in weitem Umfang arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten Einfluß auf die versicherungsrechtliche Beurteilung eingeräumt hatte, hier noch nicht durchgehend in die rechtliche Bewertung einbezogen worden ist. Eine entsprechende Entwicklung, wie sie die Rechtsprechung zur Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses genommen hat, ist aber bereits in der Rechtsprechung einiger VA und OVA sowie in einigen Entscheidungen des RVA vorgezeichnet.

1) RVA EuM Bd. 22, 238

2) vgl. in diesem Sinne Bogs, DOK 1970, 517, 578; ders., Festgabe für Hans Möller, S.81 ff, 88

3) RVA AN 1941, II 70,71

Gegen eine ausschließlich faktische Deutung der Rechtsprechung des RVA spricht schließlich, daß das RVA im Falle eines mißglückten Arbeitsversuchs das Zustandekommen eines Beschäftigungsverhältnisses verneinte, selbst wenn eine tatsächliche Arbeitsleistung - allerdings unter der Gefahr einer Verschlechterung des Gesundheitszustandes des Arbeitnehmers - erbracht worden war und somit die Verfügungsmacht des Arbeitgebers bestanden hatte.[1), 2)]

Andererseits kann im Falle des mittelbaren Arbeitsverhältnisses ein Beschäftigungsverhältnis entstehen, wenngleich der Arbeitgeber sich seiner Verfügungsmacht nicht bewußt ist. Denn für die Annahme eines mittelbaren Beschäftigungsverhältnisses genügt es, wenn der Arbeitgeber nach Lage der Umstände davon ausgehen muß, daß die Zwischenperson zur Ausführung der ihr übertragenen Arbeiten einer Mithilfe bedarf. Eine Kenntnis des Arbeitgebers von der Einstellung der Hilfsperson durch den Mittelsmann ist nicht erforderlich.[3)] Der tatsächlichen Verfügungsmacht des Arbeitgebers kann aber keine das Beschäftigungsverhältnis begründende und tragende Bedeutung zukommen, wenn das Beschäftigungsverhältnis bereits ohne Wissen des Arbeitgebers begründet werden und bestehen kann.

Auch in der Rechtsprechung des RVA zur Arbeitgebereigenschaft, zur Abgrenzung der selbständigen von der unselbständigen Erwerbstätigkeit und zu den Fällen einer Doppelstellung kommt zum Ausdruck, daß das RVA nicht von einer faktischen Betrachtungsweise ausgegangen ist.

Bezeichnend für die Rechtsprechung des RVA ist, daß sie von der ursprünglich rein faktischen Betrachtungsweise in der Folgezeit grundlegend abgewichen ist und sich in weitem Umfange an den vertraglichen Bindungen der Parteien ausgerichtet hat, indem sie Begriff und zeitliche Erstreckung des Beschäftigungsverhältnisses nach arbeitsvertraglichen Gesichtspunkten bestimmte.

1) vgl. zum mißglückten Arbeitsversuch RVA AN 1942, II 396,397 (GE 5488);

2) Arbeitsrechtlich ist der mißglückte Arbeitsversuch hingegen anders zu beurteilen. Ist die Arbeitsleistung ursprünglich für den Arbeitnehmer subjektiv unmöglich, so ist der Vertrag doch gültig. Der mißglückte Arbeitsversuch steht somit der Begründung des Arbeitsverhältnisses nicht entgegen. Dies gilt auch bei Zugrundelegung der Eingliederungstheorie; vgl. Nikisch. Arbeitsrecht, 3.A., Bd.I, Vorwort VIII, S.168

3) RVA AN 1901, 637,638 (Bescheid vom 30.6.1901)

V. Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts

1. Erneute Bedeutung erlangte die ausschließlich faktische Betrachtungsweise des Beschäftigungsverhältnisses unter der Rechtsprechung des 7. Senats des BSG zur Unterbrechung der tatsächlichen Arbeit durch einen Streik.
In seiner Rechtsprechung zu § 99 Abs. 1 Satz 3 AVAVG a.F. ging der 7. Senat des BSG davon aus, daß sich der Begriff der versicherungspflichtigen Beschäftigung nicht mit dem des Arbeitsvertrages deckt, da die versicherungspflichtige Beschäftigung im Unterschied zum privatrechtlichen Arbeitsvertragsverhältnis auf einem dreiseitigen öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber, Arbeitnehmer und der Sozialversicherung beruht.[1)]
Die unterschiedliche Rechtsnatur des Arbeits- und des Beschäftigungsverhältnisses bedingt nach dieser Auffassung des 7. Senats auch einen anders gearteten Inhalt und Ausgangspunkt beider Rechtsverhältnisse.
So stelle der Begriff des versicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses -anders als das arbeitsvertragliche Verhältnis - die auf dem Tatsächlichen beruhende Grundlage des Versicherungsverhältnisses dar.[2)] Die charakteristischen Merkmale dieses vom Tatsächlichen ausgehenden Rechtsverhältnisses - die Verfügungsmacht des Arbeitgebers und die Dienstbereitschaft des Arbeitnehmers - fehlen nach Auffassung des 7. Senats bei einem Streik. Der Wille der Streikenden gehe zwar dahin, sich den Arbeitsplatz zu erhalten, aber er wolle dem bestreikten Arbeitgeber die Arbeitskraft nicht weiter zu den bisherigen Lohn- und Arbeitsbedingungen zur Verfügung stellen, sondern das Arbeitsverhältnis unter günstigeren Bedingungen später erneuern.
Wenn behauptet werde, die Dienstbereitschaft sei auch während des Streiks bestehen geblieben, so sei dies eine reine Fiktion. Fiktionen seien aber logisch ausgeschlossen, soweit es sich um Tatsachen handle. Im Bereich des Tatsächlichen könne nicht fingiert werden, daß objektiv die Dienstbereitschaft fortbestehe; es könne auch nicht unterstellt werden, daß sie,

1) BSGE 1, 115, 117
2) BSGE 1, 115, 118; 2, 171, 175, 176

wie etwa der Arbeitsvertrag selbst, in Schwebe gehalten werde. Beides würde ihrem Wesen als rein tatsächliche Erscheinungsform widersprechen.[1)]

Selbst bei Arbeitnehmern, die während der Arbeitsniederlegung Erhaltungsarbeiten zur Aufrechterhaltung des Produktionsapparates ausführen, wurde eine echte Dienstbereitschaft verneint.[2)]

Die dargelegten Grundsätze sollten auch dann gelten, wenn es sich um eine nur kurzfristige, zeitlich von vornherein überschaubare Arbeitsniederlegung handelt.[3)]

Eine Unterbrechung der versicherungsrechtlichen Beschäftigung sollte bei einem kurzfristigen Streik nur dann entfallen, wenn aus besonderen Umständen die betrieblichen Verbindungen (d.h. die inneren Beziehungen) zwischen den Sozialpartnern des Unternehmens trotz des Streiks bestehen geblieben sind, indem die Weisungsbefugnis des Arbeitgebers nicht grundsätzlich beseitigt und die Arbeitsabsage des Arbeitnehmers zeitlich begrenzt und sachlich eingeschränkt ist.[4)] Diese Voraussetzungen wurden bei einem kurzfristigen, nicht gegen den Arbeitgeber gerichteten Demonstrations- oder Sympathiestreik vom Bayr. LSG sowie im Schrifttum als gegeben angesehen.[5)]

Die nachgeordneten Gerichte und das wissenschaftliche Schrifttum sind der Rechtsprechung des 7.Senats des BSG überwiegend gefolgt.[6)]

1) BSGE 1, 115, 121

2) BSGE 1, 115, 121

3) BSGE 11, 84, 85; vgl. auch BSG, Breithaupt 1960, S.454, 456

4) BSGE 11, 86, 91

5) Bay.LSG, Breithaupt 1956, S.836, 837, 838; Siefert, KrV 1963, S.123; Erlaß des Präsidenten der Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung v. 26.5.1954, BB 1954, S.563

6) Albrecht, Die Krankenversicherungspflicht in der Krankenversicherung, S.50; ders., WzS 1958, S.166, 171; SozVers.1966, S.100, 132; Bulla, Anm. zu BSG AP Nr.1 zu § 99 AVAVG; Brachmann, Hdb. des Sozialversicherungsrechts, S.310; Hoffrichter, BKK 1955, Sp.505, 507, 508, 510; Lekon, DOK 1956, S.453, 454; Lohmann-Lubinetzki, SozVers.1962, S.245; Riechels, ZSR 1962, S.275; Siefert, KrV 1963, S.122, 123; Krebs, Kommentar zum AVAVG, § 56 Rdn.12; Adolph, DB 1963, S.658, 660; Gurn, SozSich.1964, S.82, 83; Wannagat, Lehrbuch des Sozialversicherungsrechts, S.919; Gotzen-Doetsch, Kommentar zur Unfallversicherung, Anm. zu § 599 RVO; Kossow, BKK 1966, Sp.484, 486; Specke, WzS 1966, S.257, 265; Drüner-Buchwitz-Schönfelder, Kommentar zum AVAVG, § 56 Rdn.19; Ebmer, Kommentar zum

Entgegen der Rechtsprechung des 7.Senats hat der 9.Senat (Kriegsopfersenat) des BSG im Zusammenhang mit § 32 Abs. 1 BVG entschieden,daß die Teilnahme an einem legitimen gewerkschaftlich organisierten Streik die ernstliche Arbeitsbereitschaft des Arbeitnehmers nicht beseitigt. Denn der Streik werde durchgeführt, um so bald als möglich die Arbeit zu günstigeren Bedingungen bzw. wenn sich dies als undurchführbar erweise, zu den früheren Bedingungen wieder aufzunehmen.[1)]

In gleicher Weise hat der 3.Senat des BSG entschieden,daß legale kollektive Arbeitskampfmaßnahmen (Streik , Abwehraussperrung) grundsätzlich nicht das versicherungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis der an diesen Maßnahmen beteiligten oder von ihnen betroffenen Arbeitnehmer beenden.[2)]

Nach Auffassung des 3.Senats kann ein Streik nicht anders beurteilt werden als andere kurzfristige Unterbrechungen der tatsächlichen Arbeit (Krankheit, unbezahlter Urlaub, unberechtigtes Fehlen von der Arbeit), die nach der zutreffenden Rechtsprechung des RVA trotz zeitweisen Fortfalls der tatsächlichen Dienst-

AVG, §2 AVG, Bl.2p; Peters, Hdb. der KV,§ 165 RVO, S.17/73-16-; Jantz-Zweng, Das neue Recht der Rentenversicherung, § 1227 RVO, Anm. 1d; RVO-Gesamtkommentar von Dersch, Knoll u.a., § 165 RVO, Bem.8; LSG München, SozRVO § 165 BlAb 7 Nr.42.

Unter grundsätzlicher Befürwortung der Rechtsprechung des 7.Senats des BSG treten Wannagat, Lehrbuch des Sozialversicherungsrechts, S.319, Peters, Hdb. der KV, § 165 RVO, S.17/73-17 und Dräger-Buchwitz-Schonfelder, Kommentar zum AVAVG, § 56 Rdn.20 für ein Fortbestehen des Beschäftigungsverhältnisses bei einem kurzfristigen, von vornherein absehbaren Streik ein.

Die Rechtsprechung des 7.Senats wurde abgelehnt von: Bogs, DOK 1968, S.314, 321; ders.,DOK 1970, S.578, 579; Brox-Rüthers,Arbeitskampfrecht, S.242, 244, 245, 246;Bungert,SozSich. 1956,S.78,83; Dersch, Gutachten, zitiert in BSGE 11, 80, 81 und bei Krebs, BlStSozArbR 1963, 248;Hessel, BB 1956, S.598 ff; Knoll, JZ 1960, S.719 ff; Rindt, Die Sozialversicherung der Gegenwart, Bd.4, S.34, 42; Schieckel, Kommentar zum AVAVG, § 87, S.110 d

1) BSGE 19, 230, 235

2) BSG v.15.12.1971, BSGE 33, 254 ff = NJW 1972, S.1101 ff;vgl. auch den Vorlagebeschluß des 3.Senats v. 10.11.1970, SozSich. 1970, S.374 und SozSichKartei Nr.2474 IV/A zu § 165 RVO mit zustimmender Anmerkung von Dähne, SozSich. 1971, S.112, 113. Der 7.Senat des BSG hat auf Anfrage hin erklärt, daß er an der in seinen Entscheidungen zum Ausdruck gebrachten Auffassung über die das Beschäftigungsverhältnis lösende Wirkung der Streikteilnahme nicht mehr festhalte.

bereitschaft das Beschäftigungsverhältnis nicht beenden. In den Entscheidungsgründen führt der 3.Senat aus, von diesen Fällen unterscheide sich der Sachverhalt des Streiks, soweit es sich um den Zusammenhang des zeitweisen Fehlens der tatsächlichen Dienstbereitschaft mit dem grundsätzlichen Arbeitsfortsetzungswillen handele, nicht.Gerade beim Streik sei die Verknüpfung des zeitweisen Fehlens der faktischen Dienstleistungsbereitschaft mit dem grundsätzlichen Arbeitsfortsetzungswillen besonders deutlich. Hingegen könne insbesondere beim "Bummeln", aber auch nicht selten in den Fällen des unbezahlten Urlaubs, z.B. von Wöchnerinnen oder bei Erkrankungen zweifelhaft sein, ob nach der Phase der fehlenden Dienstbereitschaft die Arbeit wieder aufgenommen werde. Wenn in diesen Fällen ein relativ hohes Maß an Unsicherheit darüber, ob der für den Bestand des Versicherungsverhältnisses unerläßliche Arbeitsfortsetzungswille noch gegeben sei, hingenommen werde, so müsse dies erst recht für den Streik gelten, bei dem dieser Fortsetzungswille praktisch uneingeschränkt feststehe.

Unter Berufung auf die Rechtsprechung des RVA zur Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses[1], in der sich das RVA betont von der Bindung an das faktische Arbeitsverhältnis abgewandt hatte, sowie unter Anführung von Hoffmann und Hahn[2] ,die sich gegen die Rechtsprechung des RVA zu der das Beschäftigungsverhältnis lösenden Wirkung der Streikteilnahme ausgesprochen hatten, stützt der 3.Senat seine Entscheidung auch auf die Verknüpfung zwischen dem faktischen Beschäftigungsverhältnis und dem Arbeitsvertragsverhältnis. Die starke Verknüpfung des faktischen Beschäftigungsverhältnisses mit dem rechtlichen Band des Arbeitsverhältnisses zeige, wie sehr diese Rechtsbeziehungen ineinandergreifen und voneinander abhängen.

2 a) Kommt somit der vom 7.Senat des BSG ursprünglich vertretenen Auffassung von der das Beschäftigungsverhältnis lösenden Wirkung bei einem im Einzelfall legalen Streik[3], keine Bedeutung mehr zu, so bestehen doch im übrigen

1) s.o. S.122 ff

2) s.o. S.120 Fußn.1

3) Gegen diese vom BSG in BSGE 33,254 gemachte Einschränkung hat sich mit überzeugenden Argumenten Harald Boge, BKK 1973, 134, 136 ausgesprochen.

weiterhin unterschiedliche Ansichten innerhalb der Rechtsprechung des BSG über die Rechtsnatur des Beschäftigungsverhältnisses und über das Ausmaß seiner Übereinstimmung mit dem Arbeitsverhältnis.

In einer Vielzahl von Entscheidungen hat insbesondere der 3.Senat des BSG unter Bezugnahme auf das arbeitsrechtliche Schrifttum die enge Verwandtschaft zwischen dem versicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnis und dem Arbeitsverhältnis unterstrichen.[1] Dabei wird die Ansicht vertreten, daß die Begriffe des Arbeits- und Beschäftigungsverhältnisses grundsätzlich übereinstimmen,[2]

Die Identität des Arbeits- und Beschäftigungsverhältnisses wirkt sich dahin aus, daß die Qualifikation der abhängigen Arbeit im Sozialversicherungsrecht im Einklang mit dem für das Zivilrecht geltenden Grundsätzen zu erfolgen hat.

Dementsprechend betont der 3.Senat in seiner Entscheidung vom 28.10.1960[3] zur Abgrenzung des Angestellten von dem selbständigen Handelsvertreter, entscheidend sei die Gesamtheit aller für das Verhältnis zwischen Unternehmer und "Vertreter" maßgebenden Umstände und Vereinbarungen. An einer Stelle des Urteils wird hervorgehoben, aus dem Inhalt der Verträge, die unstreitig entsprechend ihren Bestimmungen abgewickelt worden seien, ergebe sich, daß zwischen den Parteien ein Beschäftigungsverhältnis bestehe.[4]

In gleicher Weise bestimmt sich die Frage, ob ein von den Parteien vereinbartes Pachtverhältnis nicht doch in Wirklichkeit ein Arbeitsverhältnis ist, in erster Linie nach dem In-

1) BSGE 3, 30, 35, 40; 8, 278, 282, 283; 10, 156 (Leitsatz); 11, 149, 150; 11, 257, 260; 13, 130, 132; 13, 196, 201; 15, 65, 69; 16, 98, 100, 101; 17, 1, 4; 18, 246, 248; 20, 6, 8; 21, 57, 58; 26, 124, 128

2) BSGE 17, 1, 4 ("Zwischen dem Hotbesitzer und dem mitarbeitenden Familienangehörigen können echte Arbeitsverhältnisse und damit versicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnisse begründet werden."); BSGE 15, 65, 69 ("Der Begriff des Arbeitnehmers ist im Sozialversicherungsrecht und im Arbeitsrecht grundsätzlich der gleiche."). Auch in BSGE 18, 246, 248 zur Versicherungspflicht der in einem Erziehungsheim ausgebildeten Lehrlinge werden die Begriffe des Arbeits- und des Beschäftigungsverhältnisses gleichgesetzt ("Das Sozialversicherungsrecht legt...für die Versicherungspflicht der Tätigkeit eines Lehrlings...die versicherungsrechtliche Wirkung

halt des ernstlich durchgeführten Pachtvertrages.[1)]
Wie im Arbeitsrecht erfolgt die Qualifikation der abhängigen Arbeit im Sozialversicherungsrecht demnach danach, was die Parteien vereinbart und übereinstimmend in die Wirklichkeit umgesetzt haben.
Die Verklammerung des Arbeits- und Sozialversicherungsrechts kommt auch in der Rechtsprechung des BSG zum Fortbestand des Beschäftigungsverhältnisses während einer Schwangerschaft zum Ausdruck.
So hat der 3.Senat in seinen Urteilen vom 21.6.1960 und vom 28.8.1961[2)] betont, es entspreche dem Schutzcharakter des MUSchG, die Zeiten des Beschäftigungsverbotes für die Frage des Fortbestandes des Versicherungsschutzes grundsätzlich einer versicherungspflichtigen Beschäftigung gleichzustellen. Ansonsten würde man die Wöchnerin wegen des zu ihrem Schutz eingeführten Beschäftigungsverbotes versicherungsrechtlich schlechter stellen als Arbeitnehmerinnen, die nicht durch Schwangerschaft und Geburt gehindert sind, entgeltliche Arbeit zu verrichten. Die zugunsten der erwerbstätigen Mutter erlassenen arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften müßten sich daher auch im Bereich der Sozialversicherung zugunsten der Mutter auswirken.

eines Arbeitsverhältnisses - Beschäftigungsverhältnisses - bei."). Lehrlinge sind jedoch - auch wenn sie in keinem Arbeitsverhältnis zu einem Arbeitgeber stehen - bereits kraft gesetzlicher Vorschrift versicherungspflichtig (vgl. für die KV § 165 Abs.1 Nr.1, Abs.2 i.V.m. § 165a Nr.2 RVO, § 165 Abs.1 Nr.2, Abs.2 RVO i.V.m. § 165b Abs.1 und 2 RVO). Da das Sozialversicherungsrecht für die Versicherungspflicht der Tätigkeit als Lehrling - ungeachtet der Frage, ob das Lehrverhältnis allgemein dem Arbeitsv-erhältnis gleichzusetzen oder von diesem zu unterscheiden ist - die sozialversicherungsrechtliche Bedeutung eines Beschäftigungsverhältnisses beilegt, lassen sich aus dieser Entscheidung keine weiteren Rückschlüsse auf die Identität des Arbeits- und Beschäftigungsverhältnisses ziehen.

3) BSGE 13, 130, 132

4) BSGE 13, 130, 132

1) BSG v. 4.7.1962 SozR RVONr.34 zu § 165 (3.Senat)

2) BSGE 12, 190, 193, 194; 15, 56, 58, 59; vgl. im übrigen BSGE 16, 210, 212, 213; 20, 154, 156; BSG SozEntsch. § 195 a Nr.8

Die bloße Einstellung der Arbeit wegen Schwangerschaft innerhalb der Schutzfristen des MuSchG hat daher nicht die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses zur Folge.[1)]
Auch ein Urlaub ohne Arbeitsentgelt von verhältnismäßig kurzer Dauer hat keinen Einfluß auf den Bestand des versicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses, wenn das Arbeitsverhältnis fortbesteht.[2)] Dementsprechend wird eine Unterbrechung der tatsächlichen Arbeit durch einen unbezahlten Urlaub von drei Wochen noch als tragbar für den Bestand des Versicherungsverhältnisses angesehen.[3)] Eine darüber hinausgehende Erstreckung der Versicherungspflicht wird abgelehnt. Die Begrenzung auf einen dreiwöchigen Zeitraum ergibt sich daraus, daß Beitragseinbußen größeren Umfanges zu Lasten der Versichertengemeinschaft gingen und daher vermieden werden sollen. "Deshalb kann es nur für die Zeit einer verhältnismäßig nicht zu langen Unterbrechung hingenommen werden, daß kein Entgelt gezahlt und damit keine Beiträge entrichtet werden."[4)] Die Beschränkung resultiert somit nicht aus dogmatischen Erwägungen zum Begriff des Beschäftigungsverhältnisses. Dieses kann vielmehr fortbestehen, während das Versicherungsverhältnis bereits erloschen ist. So wird auch in der Entscheidung des BSG vom 13.2. 1964[5)] ein Auseinanderfallen der rechtlichen Schicksale des Beschäftigungsverhältnisses und des Versicherungsverhältnisses für möglich gehalten.
Die Berücksichtigung arbeitsrechtlicher Gesichtspunkte kommt auch in der Rechtsprechung des BSG zur Unterbrechung der tatsächlichen Arbeit infolge einer Arbeitsunfähigkeit des Versicherten zum Ausdruck. In diesem Fall erlischt das Beschäftigungsverhältnis nicht, solange das Arbeitsverhältnis fort-

1) BSG v.16.10.1968, SoRRVO § 165 Nr.62
2) BSGE 12, 190, 193; 20, 154, 156
3) BSGE 20, 154, 158
4) BSGE 33, 254, 261
5) BSGE 20, 154, 157; derselben Ansicht war bereits RVA AN 1924, 84, 85 (2.Abs.)

besteht.[1)]
Damit überein-stimmend hat der 2.Senat des BSG in seiner Entscheidung vom 6.4.1960, die die Unterbrechung der tatsächlichen Ausbildung eines Waldarbeiterlehrlings infolge fehlender Haushaltmittel betrifft, die Fortdauer des Beschäftigungsverhältnisses ausschließlich mit dem Weiterbestehen der arbeitsrechtlichen Bindungen begründet.[2)]

2 b) Zur Frage des Beginns des versicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses hat das BSG[3)] entschieden, daß ein Beschäftigungsverhältnis auch dann vorliegt, wenn ein Arbeitnehmer sich verpflichtet hat, seinen Dienst an einem bestimmten Tag anzutreten, ihm dies aber infolge einer Erkrankung unmöglich wird. In den Entscheidungsgründen wird ausgeführt, daß das Beschäftigungsverhältnis zwar nicht schon von dem Tage an beginnt, an dem der Arbeitnehmer auf Grund seines Arbeitsvertrages den Dienst antreten soll. Zu der schuldrechtlichen Pflicht zum Dienstantritt müsse vielmehr deren Erfüllung durch den "Eintritt" in die Beschäftigung hinzutreten (vgl. § 306 RVO). Dazu sei aber nicht erforderlich, daß die Arbeit tatsächlich aufgenommen werde. Es genüge vielmehr, daß der Arbeitnehmer sich der Verfügungsmacht des neuen Arbeitgebers unterstelle und damit ein Glied, ein Angehöriger des Betriebes werde. Eine Ausnahme von der Regel, daß der Erwerb der Betriebszugehörigkeit, die Eingliederung in den Betrieb, mit der Aufnahme der Arbeit zusammenfällt, müsse insbesondere für den Fall gemacht werden, daß der Arbeitnehmer an dem für den Dienstantritt vereinbarten Tag durch eine Erkrankung oder aus anderen Gründen

1) BSGE 10, 156 - 4.Senat ("Eine Beschäftigung gegen Entgelt, die den Fortbestand der Versicherungspflicht begründet, liegt - solange das Arbeitsverhältnis nicht beendet ist - auch dann vor, wenn der Versicherte arbeitsunfähig ist."). Auch das versicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnis eines Heimarbeiters erlischt nicht mit der Beendigung der tatsächlichen Beschäftigung. Es besteht vielmehr so lange weiter, wie das der Beschäftigung zugrunde liegende Vertragsverhältnis und der sich daraus ergebende Anspruch auf die Gewährung des vertragsmäßigen Entgelts fortdauern, LSG Baden-Württemberg, SozEntsch. § 165 RVO Nr.50. Obwohl die Parallelbewertung des Arbeits- und Sozialversicherungsrechts in diesem Fall augenfällig ist, lassen sich aus dieser Entscheidung doch keine Rückschlüsse auf die Identität des Arbeits- und Beschäftigungsverhältnisses ziehen, da die Heimarbeiter nicht in einem abhängigen Arbeitsverhältnis stehen.

2) BSG SozR Nr.19 zu § 537 RVO a.F.

gehindert ist, die Arbeit aufzunehmen. Auch in diesem Fall wird der Arbeitnehmer nach der vorstehenden Entscheidung des 3.Senats mit dem vereinbarten Tag Angehöriger des Betriebes. Etwas anderes gilt nur für den Fall, daß der Arbeitnehmer durch sein Verhalten zu erkennen gibt, daß er den Dienst nicht antreten, nicht Arbeitnehmer des neuen Betriebes werden will.[1)]
In einer weiteren Entscheidung hat das BSG in Anknüpfung an das vorstehende Urteil entschieden, daß ein versicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis auch dann vorliegen kann, wenn das Beschäftigungsverhältnis mit einem unbezahlten Urlaub beginnt.[2)]
Das bereits in der Rechtsprechung der Vorkriegszeit zum Beginn des Beschäftigungsverhältnisses klar hervortretende Bemühen einer Abkehr von der Bindung allein an die tatsächliche Arbeitsaufnahme hat die Rechtsprechung des BSG somit - wie dargelegt - aufgegriffen und nachhaltig fortgeführt. Das BSG geht von der Vermutung aus, daß der vertraglich festgelegte Tag der Arbeitsaufnahme auch bei späterer Arbeitsaufnahme mit dem Beginn des versicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses zusammenfällt.[3)]

Dieser frühzeitige Eintritt in das Beschäftigungsverhältnis und damit der Beginn des Versicherungsverhältnisses ist um so notwendiger, als die existentielle Angewiesenheit des Arbeitnehmers und seiner Angehörigen auf einen wirksamen Versicherungsschutz einen entsprechend frühen Beginn des Versicherungsverhältnisses notwendig macht.
Dieser vorrangige Gesichtspunkt verbietet es, daß der Beginn des Beschäftigungsverhältnisses aus dem ausschließlichen Beweggrund, ein Erschleichen des Versicherungsschutzes verhindern zu wollen, allgemein von der tatsächlichen Aufnahme der Arbeit oder ihrem tatsächlichen Antritt abhängig gemacht wird. Unter dem Gesichtspunkt der persönlichen Abhängigkeit bedarf das Beschäfti-

3) BSGE 26, 124, 125, 126

1) Aus dieser Entscheidung folgert Peters, Hdb. der KV, Teil II, 17.A., Bem.10 zu § 165 RVO, S.17/73 - 18, daß der Antritt des Weges zur Arbeitsstätte regelmäßig den Beginn des Beschäftigungsverhältnisses darstellt.

2) BSGE 29, 30, 31

3) Boes, DOK 1970, S.578

gungsverhältnis zu seiner Begründung ebenso wenig wie das Arbeitsverhältnis der faktischen Arbeitsaufnahme.
Ein gleiches gilt unter dem Gesichtspunkt der Verfügungsmacht des Arbeitgebers über die Arbeitskraft des Arbeitnehmers. Bei der Verfügungsmacht des Arbeitgebers und dem Zurverfügungstehen des Arbeitnehmers handelt es sich um Rechtsbegriffe arbeitsrechtlicher Herkunft,[1] die im Arbeitsrecht in Gestalt der Dienst- und Arbeitspflicht des Arbeitnehmers und der Annahmebereitschaft des Arbeitgebers Elemente des Arbeitsvertragsverhältnisses sind. Im Lichte der Annäherung des Sozialversicherungsrechtes an das Arbeitsvertragsrecht muß der Begriff der Verfügungsmacht vom Arbeitsrecht her seine Prägung empfangen. Das Beschäftigungsverhältnis beginnt daher bereits dann, wenn zu der schuldrechtlichen Verpflichtung zum Dienstantritt deren Erfüllung in Gestalt der Unterordnung unter die Verfügungsmacht des Arbeitgebers hinzutritt.[2] Ein tatsächlicher Antritt der Arbeit ist wie im Arbeitsrecht so auch im Sozialversicherungsrecht zur Begründung des Beschäftigungsverhältnisses nicht erforderlich.
Zu einer Vorverlegung des Unfallversicherungsschutzes hat sich auch der 2. Senat des BSG in seiner Entscheidung vom 23.6.1959 bekannt.[3]
Diese Entscheidung beruht auf dem folgenden Sachverhalt: Der Kläger hatte bei der Teilnahme an einem Hürdenrennen als Jockey am 9.10.1948 auf dem Rennplatz München-Riem einen Unfall mit schweren Folgen erlitten. In der Zeit vor diesem Unfall war er vom August 1947 bis zum 27.9.1948 in Hannover als lizenzierter Jockey tätig gewesen.
Am 4.10. 1948 fuhr der Kläger nach München, um bei dem Trainer S. ein neues gleiches Arbeitsverhältnis einzugehen. Da S. den Kläger wider Erwarten nicht einstellen konnte, wandte dieser sich an den Trainer E. Nach den tatsächlichen Feststellungen des LSG[3] hatte der Trainer E. den Kläger für den fraglichen Ritt verpflichtet, nachdem der Kläger schon vorher Stallar-

1) Müller, ArbVers. 1936, S.241
2) BSGE 26,124, 126
3) BSGE 10, 94

beiten mit Zustimmung des E. verrichtet hatte. Da der Kläger bei dem fraglichen Ritt außerdem ein Pferd aus dem Stall des Trainers E. geritten hatte, hat es somit an einem übereinstimmenden Willen des E. und des Klägers ,gerichtet auf die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses,nicht gefehlt. Der 2. Senat ist daher zu Recht davon ausgegangen, daß die tatsächlichen Feststellungen des LSG die Voraussetzungen erfüllen, von denen das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses im Sinne des § 537 Ziff.1 RVO a.F. abhängig ist.

3. Ganz im Gegensatz zu den Grundprinzipien einer faktischen Betrachtungsweise muß die Rechtsprechung zum Sozialversicherungsrecht auch bei der Abgrenzung der familienhaften Mitarbeit von der arbeitsvertraglichen Tätigkeit beim Fehlen anderweitiger Anknüpfungspunkte vom Parteiwillen und damit von einer zivilrechtlichen Betrachtungsweise ausgehen.
Ob ein Familienangehöriger seine Arbeit auf Grund familienhafter Mitarbeit oder infolge eines Beschäftigungsverhältnisses erbringt,ist an Hand der ernstlich durchgeführten Parteivereinbarung zu beurteilen.
Dies läßt sich unschwer der berühmten "Meistersohn"-Entscheidung des BSG vom 5.4.1956[1] entnehmen.
Nach der Feststellung, daß es für die Beurteilung der Versicherungspflicht darauf ankomme, ob der Familienangehörige nach Art eines Arbeitnehmers in den Betrieb eingeordnet ist, beanstandet das BSG in dieser Entscheidung, daß die Vorinstanz das Parteivorbringen des Klägers nicht gewürdigt habe, wonach zwischen ihm und seinem Schwiegersohn ein Gesellschaftsverhältnis bestanden habe.

1) BSGE 3, 30, 42(3.Senat);vgl. dazu W.Bogs in Festgabe für Walter Rohrbeck,"Beiträge zur Versicherungswissenschaft", S. 13 ff.

Damit übereinstimmend führt das BSG in einer späteren Entscheidung aus, es müsse im Rahmen der Vertragsfreiheit den mitarbeitenden Familienangehörigen und dem Hofbesitzer überlassen bleiben, für die Mitarbeit diejenige Rechtsform zu wählen - Arbeitsverhältnis mit Lohnzahlung oder familienhafte Mitarbeit ohne Arbeitsentgelt - die ihren Interessen nach ihrer Auffassung am besten entspreche.[1] Es bedürfe daher bei der Rechtsanwendung in jedem Fall sorgfältiger Abwägung, ob es dem Willen von Vater und Sohn - Tochter oder sonstigen Anverwandten entsprochen habe, miteinander ein Arbeitsverhältnis einzugehen- was am deutlichsten durch den Abschluß eines Arbeitsvertrages zum Ausdruck käme - oder ob der Sohn ohne Arbeitsentgelt und deshalb nicht als Arbeitnehmer lediglich auf Grund seiner Zugehörigkeit zur Familie und vielleicht auch in Erwartung der späteren Hofübernahme die Arbeit leiste.
In Fortführung dieser Rechtsprechung hat der 3. Senat des BSG die Versicherungspflicht einer Hoferbenschwester von den bäuerlichen Lebensanschauungen und damit von dem übereinstimmenden Vorstellungsbild der Beteiligten abhängig gemacht.[2] Nach Auffassung des BSG beruht die Arbeitsleistung der erbberechtigten Schwester eines Hoferben, die nach dem Übergabevertrag als Teil der erbrechtlichen Abfindung gegen den Hoferben Ansprüche auf Unterkunft, Unterhalt in gesunden und kranken Tagen sowie auf ein der Höhe nach näher bestimmtes Taschengeld hat und die während des Unterhalts "zu standesgemäßer Mitarbeit nach Kräften" verpflichtet ist, nicht auf einem Beschäftigungsverhältnis, da die Leistungen aus dem Hofesrecht nicht als Gegenleistung für die Mitarbeit der Schwester anzusehen sind. Die Verpflichtung der Schwester "zur standesgemäßen Mitarbeit nach Kräften" entspringe nicht einer arbeitsvertraglichen Pflicht, sondern sei allein auf die

1) BSGE 17, 1, 6
2) BSGE 12, 153, 156

bäuerlichen Lebensanschauungen zurückzuführen, die es verbieten, daß ein arbeitsfähiges Familienmitglied aus dem Hof seinen Unterhalt beziehe, ohne standesgemäß an der Erhaltung dieser Lebensgrundlage mitzuwirken. Die Schwester habe sich auch von derartigen Erwägungen leiten lassen.[1)]

In besonders starkem Maße ist die entgeltliche Beschäftigung unter Ehegatten, die seit dem 1.1.1967 versicherungspflichtig ist, der Parteivereinbarung verhaftet, so daß den faktischen Umständen hier kaum noch eine Relevanz zukommt.[2)] Die faktischen Umstände sind allerdings für die Erkenntnis des Parteiwillens von Bedeutung.

Die Abgrenzung zwischen einer versicherungspflichtigen und einer versicherungsfreien Mitarbeit unter Familienangehörigen muß somit an Hand der Parteivereinbarungen und damit unter Zugrundelegung zivilrechtlicher Maßstäbe vorgenommen werden.[3)]

Die gleichen Grundsätze müssen bei der versicherungsrechtlichen Beurteilung der Mitarbeit von Mitgliedern von Handelsgesellschaften, Vereinen und juristischen Personen gelten. Denn in diesen Fällen ist ebenfalls eine Mitarbeit auf gemeinschaftsrechtlicher Grundlage wie auf Grund eines Arbeitsverhältnisses möglich.[4)] Dementsprechend hat der 3.Senat des BSG[5)] anerkannt, daß auch der Gesellschafter - Geschäftsführer einer Gmbh zu dieser in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis stehen kann. Nach Auffassung des BSG kann der Rechtsprechung des RVA,

1) Nach § 2 Abs.1 Nr.3 KVLG vom 10.8.1972 sind nunmehr alle hauptberuflich mitarbeitenden Familienangehörigen eines landwirtschaftlichen Unternehmers über 18 Jahre krankenversicherungspflichtig ohne Rücksicht darauf, ob die Mitarbeit im Betrieb auf Grund eines entgeltlichen Arbeitsvertrages oder auf Grund familienhafter Bindungen erfolgt. Bogs, SGb.1973,S.1,5 bemerkt zu dieser Neugestaltung, es handle sich hier "um eine rechtsdogmatisch fast revolutionäre Neuordnung, die eine gegenüber der bisherigen Entwicklung stärkere Lösung des Sozialversicherungsrechts von privatrechtlichen, hier also arbeitsrechtlichen Gestaltungen zeigt."

2) Koch/Hartmann/v.Altrock/Fürst, Kommentar zum AVG, Bd.IV,Bem. zu § 2, S.V 47c

3) Fenn, Die Mitarbeit Familienangehöriger, S.94, 95, 96

4) BSGE 13, 196, 201; 17, 15, 20;BSG HFR 1966, 474; vgl. im übrigen Demuth, ungedruckte Göttinger Dissertation 1969, S.42, 43, 44; Schnorr, SozVers. 1948, S.322

5) BSGE 13, 196, 199 ff

die mangels eines durch die Kapitalbeteiligung hervorgerufenen beherrschenden Einflusses auf die Gesellschaft regelmäßig ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis des Gesellschafters - Geschäftsführers angenommen hatte, in dieser Allgemeinheit nicht gefolgt werden.
Ob der Geschäftsführer einer GmbH abhängig und damit versicherungspflichtig beschäftigt ist oder in einem freien Dienstverhältnis zur Gesellschaft steht, kann nach Ansicht des BSG nur aus dem Dienstvertrag, erforderlichenfalls unter Heranziehung der näheren Umstände seiner Tätigkeit entnommen werden.
Wie im Arbeitsrecht[1] so kann allerdings auch im Sozialversicherungsrecht bei der Abgrenzung des versicherungsfreien Dienstverhältnisses von dem abhängigen versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis eines Gesellschafter - Geschäftsführers der Parteiwille nur dann den Ausschlag geben, wenn auch bei einer Gesamtwürdigung aller Umstände noch Zweifel bleiben. Die vertragliche Regelung ist nicht schlechthin maßgebend.[2] Vielmehr ist im Sinne der Eingliederungstheorie entscheidend zu berücksichtigen, ob die Dienstleistung des Gesellschafter-Geschäftsführers " in der von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes aufgeht", ob dieser "unter die Ordnung des Betriebes gestellt"ist und daher in einem persönlichen Abhängigkeitsverhältnis steht.[3] Dementsprechend hat das BSG trotz geringfügiger Beteiligung am Stammkapital der GmbH die Versicherungspflicht des Geschäftsführers infolge Fehlens eines die persönliche Abhängigkeit begründenden Weisungsrechtes verneint.[3]
Bestehen hingegen keine äußeren Anhaltspunkte und läßt die Gesamtgestaltung der Beziehungen der Parteien sowohl den Schluß auf das Bestehen eines abhängigen Arbeitsverhältnisses wie auf ein Tätigwerden auf familien- oder gemeinschaftsrechtlicher Grundlage zu, so ist nach den dargelegten Grundsätzen bei der Abgrenzung vom erklärten Willen der Parteien auszugehen.[4] Eine vom bürgerlichen Recht abweichende rechtliche Qualifikation ist in diesen

1) vgl. Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. I,3.A.,§ 14 II 2, S.97, Fußn. 22
2) BSGE 11,257, 262
3) BSG v.15.7.1971, SozEntsch. Nr. 119 zu § 165 RVO
4) vgl. auch Gamillscheg, Arbeitsrecht, 3.A.,Nr. 40 und Nr.44

Fällen nicht vorstellbar.[1)]
Nur nach den durch den Parteiwillen geschaffenen Fakten läßt sich schließlich die Person des Arbeitgebers bestimmen.[2)]

4. Ungeachtet des Umstandes, daß das Arbeitsrecht wie das Sozialversicherungsrecht in der persönlichen Abhängigkeit das eigentliche das Arbeitsverhältnis kennzeichnende Wesensmerkmal erblicken, wobei die persönliche Abhängigkeit in beiden Rechtsgebieten unter Zugrundelegung der gleichen Abgrenzungsmerkmale ermittelt wird, hat sich der 2.Senat des BSG[3)] im Gegensatz zu der Rechtsprechung des 3.Senats gegen eine damit an sich denknotwendigerweise verknüpfte einheitliche Handhabung des Arbeitnehmerbegriffes in den jeweiligen von diesem Tatbestand betroffenen Rechtsbereichen ausgesprochen.
Seine abweichende Auffassung begründet der 2.Senat des BSG mit der unterschiedlichen Funktionsbezogenheit der Begriffe des Arbeits- und Beschäftigungsverhältnisses. "Die Begriffe der Unselbständigkeit im Handelsrecht einerseits und des Beschäftigungsverhältnisses im Sozialversicherungsrecht andererseits können entsprechend der verschiedenartigen Schutzfunktion der in Betracht kommenden Vorschriften unterschiedlich ausgelegt werden. Es ist trotz Einheitlichkeit der Begriffsmerkmale nicht widersprüchlich, entsprechend dem Schutzzweck der jeweiligen Norm einmal mehr auf den vertraglich verlautbarten Willen der Beteiligten, ein andermal entscheidend auf die faktischen Gegebenheiten abzustellen oder den für oder gegen die persönliche Abhängigkeit sprechenden Umständen bei der Wertung mehr oder weniger Gewicht beizumessen."[3)]
In gleicher Weise bemerkt der 2.Senat des BSG zum Verhältnis der sozialversicherungsrechtlichen und der steuerrechtlichen Bewertung, die Funktionsbezogenheit der Begriffe - Beschäfti-

1) Fenn, aaO (Fußn.3, S.153), S.95 zur Qualifikation der Verwandtenmitarbeit; so ebenfalls BSGE 13, 196, 201

2) vgl. BSGE 19, 265. Da der Begriff des Arbeitgebers sowohl im Arbeitsrecht als auch im Sozialversicherungsrecht auf die zwischen dem Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestehenden Rechtsbeziehungen im Sinne einer abhängigen Beschäftigung abstellt, ist er in beiden Rechtsgebieten in dem gleichen Sinee zu verstehen, vgl. BSGE 18, 190, 196

3) BSG v.31.10.1973, SozR RVO § 539 Nr.34 zur Versicherungspflicht der Bezirksstellenleiter des Nordwest Lotto und Toto Hamburg

gungsverhältnis"und "unselbständige Tätigkeit" (§ 2 Abs.2 Nr.1 UStG), nämlich der Schutz der persönlich und wirtschaftlich Abhängigen einerseits sowie die Wahrnehmung fiskalischer Interessen andererseits könne zu einer unterschiedlichen Auslegung führen.

Auch wenn der Gemeinsame Erlaß des RMdF und des RAM[1] voraussetze, daß die Tätigkeit in beiden Rechtsgebieten - Steuerrecht und Sozialversicherungsrecht - als abhängige Beschäftigung (hichtselbständige Arbeit) anzusehen sei, besage er nichts darüber, daß derselbe Sachverhalt in beiden Bereichen in jedem Fall übereinstimmend zu werten sei.[2]

Infolge der unterschiedlichen Zielsetzungen im Zivil-, Sozialversicherungs- und Steuerrecht wird der Begriff der abhängigen Arbeit daher nach der Rechtsprechung des 2.Senats in den einzelnen Rechtsgebieten verschieden ausgelegt werden können.

Der Rechtsprechung des 2. Senats liegt die Motivation zugrunde, im Hinblick auf die Bedeutung der Unfallversicherung für die Existenzsicherung des Einzelnen den Unfallversicherungsschutz nicht von einer restriktiven Handhabung des Arbeitnehmerbegriffes abhängig zu machen. Der Begriff des abhängigen Arbeitnehmers soll daher im Bereich der gesetzlichen Unfallversicherung in einem umfassenderen Sinne verstanden werden können,als dies in anderen Rechtsgebieten der Fall ist.[3]

Dementsprechend will der 2.Senat strengere Anforderungen an den Nachweis stellen, daß ein unfallversichertes Beschäftigungsverhältnis nicht besteht. "Die strengeren Erfordernisse, denen der Verlust des durch § 537 RVO gewährleisteten Versicherungsschutzes unterliegen muß, rechtfertigen sich nach Ansicht des Senats ohne weiteres schon aus der besonderen Eigenart des Unfallrisikos im Vergleich zu den von anderen Versicherungszweigen betreuten Wechselfällen des Lebens, denen gegenüber eine aus der Familiengemeinschaft gebotene Fürsorge hinreichend erscheinen mag."[4]

Die besondere Schutzfunktion der Unfallversicherung für die Existenzsicherung des einzelnen soll im Gesetz darin zum

1) RVA AN 1944, 281
2) BSG SozR RVO § 539 Nr.34, Bl.Aa 55
3) vgl. BSG SozR RVO § 539 Nr.34, Bl.Aa 55
4) BSGE 14, 142, 145; vgl. in diesem Sinne auch BSG SozR RVO § 539 Nr.34, Bl.Aa 55

Ausdruck gebracht worden sein, daß die Unfallversicherung einen größeren Personenkreis als andere Zweige der Sozialversicherung erfaßt.[1)]

Der vorstehenden Rechtsprechung des 2.Senats des BSG kann nicht zugestimmt werden. Wird der Begriff des abhängigen Arbeitsverhältnisses ausschließlich durch das konstituierende Merkmal der persönlichen Abhängigkeit gekennzeichnet, so kann auch eine besondere Schutzfunktion der Unfallversicherung (§ 539 Abs.1 Nr.1 RVO) im Einzelfall nicht zu einer divergierenden Beurteilung ein und desselben Sachverhaltes in der gesetzlichen Unfallversicherung einerseits und in den übrigen den Tatbestand der abhängigen Arbeit andererseits betreffenden Rechtsgebieten führen.

Dementsprechend hat auch der 3.Senat des BSG zur Qualifikation der abhängigen Arbeit im Arbeits-, Sozialversicherungs- und Lohnsteuerrecht ausgesprochen, daß die Beurteilung als selbständige Tätigkeit oder nichtselbständige Arbeit in den jeweiligen Rechtsgebieten bei richtiger Rechtsanwendung in aller Regel zu dem gleichen Ergebnis führen wird.[2)] Nach Auffassung des 3.Senats des BSG kann es daher zu einer divergierenden Beurteilung nur kommen, wenn in einem der Rechtsgebiete materiellrechtlich falsch qualifiziert wird.[3)]

Da der Begriff des abhängigen Arbeits- (Beschäftigungs-)verhältnisses infolge des Erfordernisses der persönlichen Abhängigkeit scharf umgrenzt ist, können die ihm zugrundeliegenden Sachverhalte in den jeweiligen Rechtsgebieten demgemäß nur einheitlich bewertet werden.

Die Auffassung des 2.Senats, es könne entsprechend der unterschiedlichen Schutzfunktion der jeweiligen Norm einmal mehr auf den vertraglich verlautbarten Willen der Beteiligten, ein andermal entscheidend auf die faktischen Gegebenheiten abgestellt und den für oder gegen die persönliche Abhängigkeit sprechenden Umständen bei der Wertung mehr oder weniger Gewicht beigemessen werden, würde zu einer willkürlichen Handhabung des Arbeitnehmerbegriffes und zu einem Auseinanderfallen

1) BSGE 14, 142, 144; BSG SozR Nr.45 zu § 537 RVO a.F.; BSG SozR RVO § 539 Nr.34 Bl.Aa 55; vgl. in diesem Sinne § 539 IIRVO.

2) BSGE 3, 30, 41

3) BSGE 3, 30, 41 unter Berufung auf Bogs, Festgabe für Rohrbeck, S.13, 32, 34; ders., KrV 1956, S.247, 251

der Rechtsordnung führen. Nach dem Gebot der Einheit der Rechtsordnung und im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit ist der Begriff des Arbeitnehmers in der Unfallversicherung daher in demselben Sinne wie in den übrigen die abhängige Arbeit betreffenden Rechtsgebieten auszulegen.

Im übrigen verkennt der 2.Senat des BSG die neueren Tendenzen in der Rechtsprechung des BFH, wenn er davon ausgeht, das Steuerrecht werde, soweit es die abhängige Arbeit betreffe, von der Wahrnehmung fiskalischer Interesse beherrscht. Unter Betonung der Gebo-te der Rechtseinheit, der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit geht die Rechtsprechung des BFH zunehmend von den zivilistischen Grundtatbeständen aus, wobei sie betont, daß die Ordnungsstrukturen des Zivilrechts auch im Steuerrecht gelten.[1) 2)]

1) s. u. S.197

2) Im Ergebnis ist dem 2.Senat des BSG jedoch darin zuzustimmen, daß die Bezirksstellenleiter (BStL) des Nordwest Lotto und Toto Hamburg (NLT) in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 539 Abs.1 Nr.1 RVO stehen. Die für ein abhängiges Beshäftigungsverhältnis sprechenden Merkmale überwiegen in diesen Fällen: So ist der auf die Durchführung des Wettgeschäftes gerichtete Arbeitsablauf der BStL durch die "Allgemeine Geschäftsanweisung für die Bezirksstellenleiter" (AGBSt) festgelegt. Das der Landesgeschäftsstelle (LGSt) vertraglich eingeräumte Recht, jederzeit die AGBSt sowie die Verfügungen, Anordnungen und sonstigen Anweisungen, die die Tätigkeit der BStL betreffen, mit sofortiger Wirkung ändern zu können, steht in seiner qualitativen Wirkung dem arbeitsrechtlichen Direktionsrecht gleich. Für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis sprechen ferner das umfassende Prüfungsrecht, dem die BStL unterliegen, sowie die folgenden weiteren Umstände: Die BStL können den Umfang ihrer Tätigkeit nicht durch werbende Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsverkehr erweitern, da neue Annahmestellen nur von der LGSt eröffnet werden können. Letztere nimmt darüber hinaus dadurch Einfluß auf den Umfang der Tätigkeit der BStL, als sie die Bezirksgrenzen verändern kann. Ein Urlaub von mehr als 14 Tagen bedarf der Zustimmung der LGSt, die BStL müssen ihre Geschäfte persönlich führen, im Falle ihrer Verhinderung können sie einen Vertreter nur mit Zustimmung der LGSt berufen.
Darüber hinaus dürfen sie sich ohne Genehmigung nicht in den Dienst anderer Lotterie- oder Wettveranstaltungen stellen.
Der von den Vertragsparteien in der Präambel getroffenen Bestimmung, wonach die BStL selbständige Gewerbetreibende sind, kommt entgegen der von Sieg vertretenen Auffassung (Gutachten, zitiert in BSG 2 RU 186/69, insoweit nicht veröffentlicht in BSG SozR RVO § 539 Nr.34; vgl. ferner Sieg, SGb 1968, S.511, 513) im vorliegenden Fall kein entscheidendes

Gewicht zu. Nach Ansicht von Sieg darf bei der Beurteilung der beruflichen Stellung der BStL nicht an der rechtlichen Qualifikation vorbeigegangen werden, welche die Vertragspartner ihrem Verhältnis zueinander gegeben haben. Es bedeute eine durch nichts gerechtfertigte staatliche Bevormundung, wenn der eindeutig verlautbarte Wille der Vertragspartner nicht beachtet werde. Ein Beschäftigungsverhältnis könne den Vertragsparteien nicht aufgedrängt werden. Der Auffassung von Sieg kann nicht zugestimmt werden. Die von den Beteiligten für eine bestimmte Tätigkeit gewählte vertragliche Regelung ist für die sozialversicherungsrechtliche Bewertung nicht schlechthin maßgebend (vgl. BSGE 11, 257, 262). Voraussetzung für die rechtserhebliche Relevanz des Parteiwillens bei der Bewertung der Tätigkeitsmerkmale ist wie im Arbeitsrecht, daß Vertragswortlaut und -wille der Vertragspartner mit der tatsächlichen Gestaltung der Verhältnisse übereinstimmen (BSGE 11, 257, 262; LSG Rheinland-Pfalz, Breithaupt 1969, 48.Jahrg., S.564). Bei einer Divergenz mit der Rechtswirklichkeit entspricht die zivilrechtliche Erscheinungsform auch bei Zugrundelegung einer zivilrechtlichen Betrachtungsweise nicht dem Vertragsinhalt (LSG Rheinland-Pfalz, aaO.).
Gleichfalls kann der Ansicht von Sieg, die in den AGBSt enthaltene bis ins einzelne gehende Reglementierung bilde kein Kriterium für ein Beschäftigungsverhältnis, da sie sich aus der Natur der Sache ergebe,nicht zugestimmt werden. Steht die weitgehende Unabhängigkeit von direkten Weisungen, die sich aus der Natur der Sache ergibt, und darauf beruht, daß die Dienstleistung bis ins einzelne durch Verordnungen und Dienstanweisungen festgelegt ist, der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses nicht entgegen (so BSG SozR RVO § 165 Nr.55), so kann nichts anderes für den vorliegenden Fall gelten, in dem die Festlegung durch die AGBSt erfolgt ist. In beiden Fällen ist der Dienstleistende lediglich als ausführendes Organ ohne eigenes Ermessen in eine ihm übergeordnete Verwaltung eingegliedert (vgl. BSG SozR RVO § 165 Nr.55). Keinen Unterschied macht es hierbei, ob die nähere Festlegung der Dienstleistungen durch öffentlich-rechtliche Bestimmungen oder auf Grund vertraglicher Vereinbarungen erfolgt. Denn die in den vertraglichen Regelungen ent-haltenen Anweisungen lassen gleichfalls den Schluß auf ein Abhängigkeitsverhältnis zu, wenn sie sich nicht darauf beschränken, nur den übernommenen Pflichtenkreis zu beschreiben, sondern darüber hinaus den Arbeitsablauf bis ins einzelne regeln (vgl. BSG SozR RVO Nr.27 und 51 zu § 165 RVO).
Da die BStL infolge der weitreichenden vertraglichen Bestimmungen und Direktiven weitgehend der Verfügungsmacht der LGSt unterfallen und da die für ein abhängiges Arbeitsverhältnis sprechenden Merkmale überwiegen, stehen sie in einem abhängigen Arbeitsverhältnis.

Die Betonung der spezifischen Schutzfunktion der Unfallversicherung hat mitunter zu einer dogmatisch nicht mehr gerechtfertigten Ausdehnung des Versicherungsschutzes in der Rechtsprechung des 2.Senats des BSG geführt.
In der Entscheidung vom 29.3.1961[1)] hatte der 2.Senat über die Frage zu befinden, ob ein Handwerksmeister, der in dem noch unter dem Namen seines Vaters geführten Betrieb tätig war, hierbei in einem unfallversicherten Beschäftigungsverhältnis stand.
Der Entscheidung lag der folgende Sachverhalt zugrunde:
Der Kläger, der im Betrieb seines Vaters, dessen einziger Sohn er war, das Zimmererhandwerk erlernt hatte, war auch nach Ablegung der Meisterprüfung im Jahre 1951 im väterlichen Betrieb geblieben. Diesen sollte er im Jahre 1954 nach Vollendung des 65.Lebensjahres seines Vaters übernehmen.
Infolge eines Sturzes vom Dachstuhl des Rathauses in B. erlitt der Kläger im September 1954 eine Querschnittlähmung.
Die angestellten Ermittlungen ergaben, daß der Kläger für seine Arbeitsleistungen keinen Lohn, sondern nur ein Taschengeld erhalten hatte, daß er seit 1948 freiwillig krankenversichert war und weder im Lohnbuch noch in den Lohnnachweisen geführt wurde, daß ferner für den Kläger keine Lohnsteuer und keine Unfallversicherungsbeiträge entrichtet worden waren. Den Vertrag über den Rathausumbau in B. hatte der Kläger selbst abgeschlossen. Nach den Angaben des Vaters des Klägers war letzterer am Gewinn bzw. Verlust des Geschäftes beteiligt. Ausweislich einer Werbeanzeige wurde das Zimmereiunternehmen als "Josef B. & Sohn" geführt.
Die Übertragung der Grundsätze zur krankenversicherungsrechtlichen Stellung der Meistersöhne auf das Recht der Unfallversicherung würde im vorliegenden Fall zu einem Ausschluß des Unfallversicherungsschutzes führen. Denn in der Krankenversicherung kommt es nach der Rechtsprechung des 3.Senats für die Versicherungspflicht ausschlaggebend darauf an, ob ein Beschäftigungsverhältnis mit einer - als Gegenwert für die geleistete Arbeit angemessenen - Entgeltzahlung vorliegt. Ein wichtiger Anhaltspunkt für die versicherungsrechtliche Beurteilung ist auch die steuerliche Handhabung. Entrichtet der Betriebsinhaber

1) BSGE 14, 142

für den in seinem Betrieb tätigen Familienangehörigen Lohnsteuer und verbucht er die gewährten Zahlungen als Betriebsausgabe, so spricht dies wesentlich für ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis.[1)]
Da der Kläger lediglich ein Taschengeld erhielt und nicht als lohnsteuerpflichtig behandelt wurde, könnte er demnach bei Zugrundelegung der Rechtsprechung des 3.Senats des BSG nicht als abhängiger Arbeitnehmer angesehen werden. Für die Selbständigkeit des Klägers sprechen darüber hinaus der vom Kläger getätigte Vertragsabschluß über den Rathausumbau, die Auskunft des Vaters des Klägers über die Beteiligung des letzteren am Gewinn und Verlust des Geschäftes sowie die in der Werbeanzeige verlautbarte Firmenbezeichnung.
Der 2. Senat glaubt von den in der Krankenversicherung geltenden Grundsätzen zur versicherungsrechtlichen Stellung der Meistersöhne abweichen zu müssen, weil im Bereich der Unfallversicherung mit Rücksicht auf die besondere Eigenart des Unfallrisikos der Verlust des durch § 537 Nr.1 RVO a.F. gewährleisteten Versicherungsschutzes strengeren Erfordernissen unterliegen müsse.[2)]
Mit den Postulaten der Einheit der Rechtsordnung und der Rechtsklarheit und dem daraus folgenden Gebot der einheitlichen Handhabung des Arbeitnehmerbegriffes in allen den Tatbestand der abhängigen Arbeit betreffenden Rechtsgebieten läßt sich diese Auffassung nicht vereinbaren. Sie ist darüber hinaus abzulehnen, weil der Begriff des abhängigen Arbeitsverhältnisses unterschiedliche Auslegungen nicht - auch nicht mit Rücksicht auf die besondere Eigenart des Unfallrisikos - zuläßt, sondern vielmehr eine einheitliche Bewertung der zugrunde liegenden Sachverhalte in der gesetzlichen Krankenversicherung und Unfallversicherung gebietet.[3)]
Wie das BSG so hat allerdings auch die berufsgenossenschaftliche Schiedsstelle[4)] den Standpunkt vertreten,bei der Frage, ob ein Meistersohn unfallversicherungsrechtlich als Mitunternehmer

1) vgl. BSGE 3, 30, 39 ff
2) BSGE 14, 142, 145
3) vgl. o. S. 126
4) EuM Bd.45, 168, 171

im väterlichen Betrieb anzusehen sei, kämen die Grundsätze zur Versicherungsfreiheit der Meistersöhne in der Krankenversicherung nicht zur Anwendung, vielmehr müßten hier strengere Anforderungen an den Nachweis gestellt werden, daß der Meistersohn nicht in einem unfallversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis steht.

Diese Auffassung hatte nach der Rechtsprechung des RVA, das ein Sonderrecht für Meistersöhne in dem Sinne entwickelt hatte, daß Meistersöhne schlechthin in der Krankenversicherung und Rentenversicherung versicherungsfrei waren, sofern nur die hinreichende Wahrscheinlichkeit bestand, daß sie den Betrieb als Erben übernehmen würden,[1] durchaus ihre Berechtigung. Denn eine Übertragung dieser Grundsätze auf die Unfallversicherung hätte seiner Zeit dazu geführt, daß Meistersöhne lediglich auf Grund einer allgemeinen Vermutung und ungeachtet der besonderen Eigenart des Unfallrisikos schlechthin von der Unfallversicherung ausgeschlossen wären.

Die hieraus resultierenden Bedenken bestehen heutzutage nicht mehr. Denn in der Krankenversicherung und Rentenversicherung ist nunmehr allgemein anerkannt, daß auch bei "Meistersöhnen" die Versicherungspflicht nach den gleichen Grundsätzen zu beurteilen ist, die allgemein für die Versicherungspflicht gelten.[2]

Dem "Meistersohn" in der Unfallversicherung steht es daher wie in der Krankenversicherung und Rentenversicherung nunmehr frei, ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 539 Abs.1 Nr.1 RVO einzugehen und sich damit vor den erhöhten Unfallrisiken zu schützen. Im übrigen werden Lücken im Versicherungsschutz durch die Vorschrift des § 539 Abs.2 RVO geschlossen, die ein persönliches Abhängigkeitsverhältnis,wie es § 539 Abs.1 Nr.1 RVO erfordert, nicht voraussetzt.

Die Übertragung der in der Krankenversicherung geltenden Grundsätze zur versicherungsrechtlichen Stellung der "Meistersöhne" auf die Unfallversicherung führt somit nicht zu einer für diesen Personenkreis unvertretbaren Einengung des Versicherungsschutzes ,wie dies noch unter der Rechtsprechung des RVA der Fall gewesen wäre. Für eine unterschiedliche Behandlung des

1) vgl. zur Rechtsstellung der Meistersöhne in der Rechtsprechung des RVA Boge, Festgabe für Rohrbeck, S.13 ff.

2) BSGE 3, 30, 39 ff.

Beschäftigungsverhältnisses in der Unfallversicherung im Vergleich zu den anderen Versicherungszweigen besteht somit heute kein Bedürfnis mehr.

Der 2.Senat ist weiterhin der Auffassung, daß die Rechtsprechung zur krankenversicherungsrechtlichen Stellung der "Meistersöhne" Gedankengänge enthält, die der systematisch anders gearteten Abgrenzung des unfallversicherten Personenkreises nicht angepaßt erscheinen.[1] Bei der Beurteilung der Krankenversicherungspflicht eines Meistersohnes stehe die Alternative im Vordergrund, ob ein Lohnarbeitsverhältnis oder eine Hilfeleistung auf Grund sittlichen Familienbandes vorliege. Demgegenüber rücke an die Stelle dieser für die Krankenversicherung bedeutsamen Alternative für die Unfallversicherung die vorwiegend nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu beurteilende Frage, ob ein Meistersohn als Mitunternehmer anzusehen sei oder ob er gemäß § 537 Ziff.1 RVO a.F. Versicherungsschutz genieße.

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Sie impliziert, daß bei Nichtvorliegen einer Mitunternehmerschaft in der Regel ein Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 539 Abs.1 Nr.1 (= 537 Nr.1 a.F.) RVO ohne Rücksicht darauf anzunehmen ist, ob die ansonsten allgemein für das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses geforderten Voraussetzungen der persönlichen Abhängigkeit gegeben sind. Dies würde wiederum zu einer nicht gerechtfertigten Aufspaltung des Arbeitnehmerbegriffes führen.[2] Darüber hinaus ist anerkannt, daß auch in der Unfallversicherung die Tätigkeit von Familienangehörigen nicht auf die Alternative Mitunternehmerschaft - Arbeits-/Dienstverhältnis beschränkt ist. Vielmehr können die Angehörigen eines Unternehmers auch auf Grund der gesetzlichen Verpflichtung gemäß § 1619 BGB oder unabhängig von dieser ausschließlich auf Grund ihrer Familienzugehörigkeit tätig werden. Demgemäß müssen die in der Rechtspre-

1) BSGE 14, 142, 145

2) Aus diesen Gründen ist auch die Entscheidung des 2.Senats des BSG v.20.12.1961 zum Unfallversicherungsschutz des Vorstandsvorsitzenden einer Raiffeisenkasse, BSGE 16, 73, 74, 75 (zust. BSG SozEntsch.Nr.10 zu § 537 Ziff.1 RVO a.F.), abzulehnen. Hier wird ebenfalls die Auffassung vertreten, ein Arbeits-/Dienstverhältnis im Sinne der Unfallversicherung liege bereits dann vor, wenn die Eigenschaft als Unternehmer nicht gegeben ist.

chung des BSG entwickelten Grundsätze zur krankenversicherungsrechtlichen Stellung der "Meistersöhne" auch in der gesetzlichen Unfallversicherung gelten.
Der Arbeitnehmerbegriff unterliegt daher in der Unfallversicherung denselben Abgrenzungskriterien wie in den sonstigen Zweigen des Sozialversicherungsrechts und des Arbeitsrechts.[1)]
Damit übereinstimmend geht der 2.Senat - im Widerspruch zu seinen vorherigen Erörterungen in BSGE 14,142 - am Schluß dieser Entscheidung auf die Frage ein, ob der Kläger in einem persönlichen Abhängigkeitsverhältnis zu seinem Vater gestanden hat.[2)]
Die Entscheidung des 2. Senats in BSGE 14,142 steht auch im Widerspruch zu den sonstigen Entscheidungen dieses Senats, in denen der Versicherungsschutz gemäß § 537 Ziff.1 RVO a.F. bzw. gemäß § 539 Abs.1 Nr.1 RVO nur bei Vorliegen eines persönlichen Abhängigkeitsverhältnisses gewährt wird.[3)]
Ein weiteres Glied in der Argumentation des 2.Senats ist die Feststellung, es fehle an einer nach außen wirksamen entscheidenden Änderung in den Unternehmensverhältnissen während der Zeit von 1948 (dem Zeitpunkt der Aufnahme der Gesellentätigkeit des Klägers im väterlichen Betrieb) bis zum Unfall, auf Grund deren der Kläger von einem bestimmten Zeitpunkt an als Mitunternehmer neben seinem Vater in Erscheinung getreten wäre. Ein entscheidender Schritt seines Vaters in der Richtung, seine Position als Alleinunternehmer aufzugeben, sei der Handwerkskammer gegenüber nicht in die Wege geleitet worden. In Anbetracht dieser Tatsache komme der Fassung der vorgelegten Werbeanzeige ("Josef B & Sohn") sowie dem Umstand, daß der Kläger nicht im Lohnbuch und in den Lohnnachweisen geführt wurde, keine Bedeutung zu. Nur eine eindeutige in der Vergangenheit abgegebene und eine Mitunternehmerschaft zum Ausdruck bringende Erklärung des Vaters des Klägers könnte eine Versagung des Versicherungsschutzes rechtfertigen.
Von der im Zweifel bestehenden Vermutung, ein unfallversichertes Beschäftigungsverhältnis liege vor, falls dies nicht durch

1) Brackmann, Kommentar zur RVO, Bd.II,Stand April 1972, S.470g, S.470y

2) vgl. BSGE 14, 142, 147 letzter Absatz

3) vgl. BSGE 11, 149, 150;23, 83, 85;25, 51, 54; SozR RVO § 537 a.F. Nr.45; SozR RVO § 729 Nr.1

den Vertragsinhalt oder ein sonstiges eindeutiges Verhalten ausgeräumt werde, ist der 2. Senat auch in seiner Entscheidung vom 9.12. 1964[1] ausgegangen, in der er darauf abstellt, daß der Vertrag eines Bezirksstellenleiters der Niedersächsischen Fußball-Toto-GmbH keine Bestimmungen enthält, welche eindeutig auf dessen Unternehmereigenschaft schließen lassen könnten.

Nach Auffassung von Sieg führt eine derartige Vermutung im Sinne des Bestehens der Versicherungspflicht zu einer mit dem Grundgesetz unvereinbaren Einengung des Freiheitsspielraumes. Dem Wesen des Grundgesetzes entspreche es, im Zweifel umgekehrt von dem Grundsatz in dubio pro libertate auszugehen.[2]

Der Auffassung von Sieg kann nicht uneingeschränkt zugestimmt werden, da sie die "unaufhebbare und grundsätzliche Spannungslage zwischen dem Schutz der Freiheit des Einzelnen und den Anforderungen einer sozialstaatlichen Ordnung" einseitig zugunsten des Art.2 Abs.1 GG löst und dem Sozialstaatsprinzip nur eine nachrangige Bedeutung zumißt.[3]

Die Entscheidung des 2.Senats des BSG vom 9.12.1964 führt jedoch entgegen einem allgemein in der Sozialversicherung anerkannten Grundsatz, daß ein Beschäftigungsverhältnis nicht nachträglich mit rückwirkender Kraft begründet werden kann, dazu, daß der Geschädigte sich bei einem eigenen mehrdeutigen Verhalten im Falle des Unfalls auf das Bestehen eines unfallversicherten Beschäftigungsverhältnisses berufen kann, obwohl alle von den Parteien in der Vergangenheit gesetzten Fakten eher gegen ein derartiges Abhängigkeitsverhältnis und einen damit verbundenen Bindungswillen der Parteien sprechen. Zu Recht hat die Revision in der vorstehend behandelten Entscheidung vom 9.12.1964 darauf hingewiesen, daß jemand, der in der Unfallversicherung hinsichtlich der Beitragspflicht als Unternehmer gelten wolle, nicht als versicherter Arbeitnehmer behandelt werden könne, wenn ihm ein Unfall zustoße.Der vorstehenden Entscheidung des 2. Senats des BSG kann daher nicht gefolgt werden.

1) BSG SozR Nr.39 zu § 537 RVO a.F., Bl.Aa 39, 40 zur Versicherungspflicht der Bezirksstellenleiter bei der Niedersächsischen Fußball-Toto-GmbH in der Unfallversicherung

2) Sieg, SGb 1968, S.511, 512, 513.In der Entscheidung BSG SozR RVO § 539 Nr.34 Bl.Aa 53 geht der 2.Senat nunmehr davon aus, daß ein Eingriff in die Freiheitssphäre des

Unter Anknüpfung an die traditionelle Lehre von der faktischen Natur des Beschäftigungsverhältnisses wird auch in den Entscheidungen des 4.Senats vom 20.12.1960 zur Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses in der Rentenversicherung[1] und des 11. Senats vom 15.10.1970 zur Rentenversicherungspflicht der Bremer Lohnschlachtergruppen[2] die Auffassung vertreten, daß für das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses nicht die rechtlichen, sondern die tatsächlichen Beziehungen zwischen dem Beschäftigten und seinem Arbeitgeber maßgebend sind,daß nicht auf das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses im arbeitsrechtlichen Sinne, sondern auf das Bestehen eines tatsächlichen Beschäftigungsverhältnisses abzustellen sei.

Dieser Auffassung kann nicht zugestimmt werden. Richtiger Ansicht nach ist das Beschäftigungsverhältnis gleichfalls ein Vertragsverhältnis und mit dem Arbeitsverhältnis identisch.[3] Der Auffassung des des 4. und des 11. Senats des BSG von der unterschiedlichen Rechtsnatur des Arbeits- und des Beschäftigungsverhältnisses kann daher nicht gefolgt werden.

Darüberhinaus bestehen weitere Bedenken gegen die vorstehenden Entscheidungen des 4. und des 11. Senats.

In seiner Entscheidung zu § 1248 RVO[1] hat der 4. Senat ausgesprochen, eine rentenversicherungspflichtige Beschäftigung werde nicht mehr ausgeübt, wenn eine Arbeitnehmerin ihre Arbeit ohne die Absicht einer späteren Arbeitswiederaufnahme eingestellt habe.Dies gelte auch dann, wenn das Arbeitsverhältnis im arbeitsrechtlichen Sinne noch nicht beendet sei.

einzelnen in Gestalt der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses nur zulässig ist,wenn die entsprechenden tatsächlichen Voraussetzungen zweifelsfrei erwiesen sind.

1) vgl. zur Sozialordnung des Grundgesetzes BVerfGE 10, 354, 370,371; 18, 257,267; Boos, in:Bericht der Sozialenquete-Kommission, Rdn.112 ff.

2) BSGE 13, 263, 264

3) BSG SozR RVO Nr. 15 zu § 1227

4) Hanow-Lehmann-Boos, Kommentar zum 4.Buch der RVO von A.v. Altrock , § 1227 Rdn. 13; Koch-Hartmann-v.Altrock-Fürst, Kommentar zum AVG, Bd.IV, § 2 V, S. 47a.Letztere lassen allerdings für den Bereich der gesetzlichen Unfallversicherung das rein tatsächliche Vorhandensein eines Arbeitsverhältnisses genügen.

Der Entscheidung lag der folgende Sachverhalt zugrunde: Die Klägerin hatte seit dem 10.2.1958 wegen Arbeitsunfähigkeit nicht mehr gearbeitet und auch kein Gehalt mehr bezogen. Lediglich zu Weihnachten 1958 hat sie ein Weihnachtsgeld in Höhe von 120.- DM erhalten. Zum 31.12.1958 kündigte die Klägerin das bis dahin fortbestehende Arbeitsvertragsverhältnis. Am 29.5.1958 hatte sie bei der Beklagten die Gewährung von vorzeitigem Altersruhegeld nach § 1248 Abs.3 RVO beantragt.

Die Parteien streiten darüber, ob die Klägerin auch noch in der Zeit von Mai bis zum Dezember 1958 - also in der Zeit nach der Stellung des Antrags auf Gewährung eines vorzeitigen Altersruhegeldes - eine "rentenversicherungspflichtige Beschäftigung oder Tätigkeit" im Sinne des § 1248 Abs.3 RVO, die einer Rentengewährung entgegenstehen würde, ausgeübt und somit in einem Beschäftigungsverhältnis gestanden hat.

Der 4.Senat des BSG lehnt das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses in der fraglichen Zeit mit der Begründung ab, aus der Stellung des Antrags auf Gewährung des Altersruhegeldes bei länger bestehender Arbeitsunfähigkeit sei zu schließen, daß die Klägerin von diesem Zeitpunkt an nicht mehr die Absicht gehabt habe, ihre Arbeit wieder aufzunehmen, zumal sie - so ist das Urteil zu verstehen - vorzeitiges Altersgeld nur bei Aufgabe ihrer Beschäftigung beziehen kann. Demgegenüber könne nicht ins Gewicht fallen, daß sie zunächst den Arbeitsvertrag nicht aufgekündigt habe. Aus dem Umstand, daß sich die Klägerin aus übertriebenen Sicherheitsbedürfnis diese rein theoretische, ernstlich kaum in Betracht kommende Möglichkeit der Wiederaufnahme ihrer Tätigkeit offengelassen habe, könne nicht gefolgert werden, daß sie im Mai 1958 noch ernstlich die Absicht gehabt habe, ihre Arbeit wieder aufzunehmen. Dieser Annahme stehe auch nicht entgegen, daß sie zu Weihnachten 1958 noch ein Weihnachtsgeld bezogen habe. Abgesehen davon, daß ein Teil dieses Weihnachtsgeldes als Entgelt für die Zeit von Weihnachten 1957 bis Mai 1958 anzu -

sehen wäre und somit der übrigbleibende Betrag, auf die Zeit von Juni bis Dezember 1958 verteilt, kaum ernsthaft als Entgelt für diese Zeit angesehen werden könnte, müsse man hieraus sogar schließen, daß sie die Aussicht auf das Weihnachtsgeld in ihrer Absicht bestärkt habe, das Arbeitsverhältnis erst später zu kündigen, nicht aber, daß sie den ernstlichen Willen gehabt habe, die Arbeit wieder aufzunehmen.
Entgegen der Ansicht des 4. Senats des BSG ist regelmäßig davon auszugehen, daß ein Arbeitnehmer, solange er an dem Arbeitsvertragsverhältnis festhält, grundsätzlich auch arbeitsbereit ist und damit in einem Beschäftigungsverhältnis steht. Denn im Arbeitsvertragsverhältnis kommt die Arbeitsbereitschaft des Arbeitnehmers sinnfällig zum Ausdruck. Daß die Klägerin grundsätzlich arbeitsbereit war, klingt auch in den Ausführungen des 4.Senats selbst an, wenn dort von einem übertriebenen Sicherheitsbedürfnis der Klägerin die Rede ist. Dies kann doch nichts anderes bedeuten, als daß die Klägerin zu einer Fortsetzung der Arbeit bereit war. Nur für den Fall, daß ihrem Antrag auf Gewährung von Altersruhegeld stattgegeben werden sollte, wollte sie das Arbeitsverhältnis nicht mehr fortsetzen.
Schließlich spricht auch die Entgegennahme des Weihnachtsgeldes dafür, daß die Klägerin bis zu diesem Zeitpunkt die ernsthafte Absicht hatte, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen. Die Klägerin war somit in der fraglichen Zeit vom Mai bis zum Dezember 1958 grundsätzlich dienstbereit.
Unter dieser Voraussetzung hat bereits das RVA anerkannt,daß der fortbestehende Arbeitsvertrag im Falle der Arbeitsunfähigkeit die Weitergeltung des Beschäftigungsverhältnisses zur Folge hat.[1] Selbst bei völliger Arbeitsunfähigkeit besteht das einmal begründete Beschäftigungsverhältnis nach der Recht-

1) RVA AN 1914, 813, 815 (GE 1933); zust. Bauer u.a.,Kommentar zur RVO, 4. und 5. Buch, § 1227 Rdn. 114; vgl. im übrigen oben S. 110

sprechung des RVA fort, solange es nicht gelöst ist.[1] Eine derartige Willensäußerung hat die Klägerin jedoch nicht abgegeben.[2]

Für ein Fortbestehen des Beschäftigungsverhältnisses in der fraglichen Zeit spricht darüber hinaus, daß das Arbeits- und das Beschäftigungsverhältnis bei bestehender Dienstbereitschaft infolge ihrer Identität grundsätzlich das gleiche Schicksal teilen müssen.

Entgegen der Entscheidung des 4. Senats des BSG ist daher davon auszugehen, daß die Klägerin im vorliegenden Fall in dem streitigen Zeitraum in einem versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis gestanden hat.

In der Entscheidung zur Versicherungspflicht der Bremer"Lohnschlachter"[3], die in Kolonnen (Arbeitsgemeinschaften) zusammengeschlossen sind und im Stücklohn das von den Schlachtereien angelieferte Vieh für diese schlachten und weiterverarbeiten, begründet der 11.Senat des BSG das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses im wesentlichen mit der Schutzbedürftigkeit der "Lohnschlachter".

Wichtiges Indiz für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis sei die wirtschaftliche Abhängigkeit. Die wirtschaftliche Stellung der "Lohnschlachter" in Bremen gleiche aber weitgehend der der Metzgergesellen und bedinge damit ihre Schutzbedürftigkeit in der Rentenversicherung. Die wirtschaftliche Abhängigkeit und die Notwendigkeit eines Schutzes der Schlachter in der Rentenversicherung äußere sich auch in der relativ niedrigen Entlohnung.

Für eine wirtschaftliche und persönliche Abhängigkeit spreche ferner, daß die "Lohnschlachter" Arbeitsleistungen nur für die

1) RVA EuM Bd. 12, 93, 95; so bereits PrOVG Bd. 29, 345; zust. BSGE 10, 156, 159

2) Durchaus vertretbar ist es, den Rentenantrag dahingehend auszulegen, daß er eine auf die Lösung des Beschäftigungsverhältnisses gerichtete Willenserklärung beinhaltet. Insoweit handelt es sich vorliegend um einen Grenzfall.

3) BSG SozR RVO Nr. 15 zu § 1227

den Schlachthof benutzenden Schlachtereibetriebe erbringen könnten, mithin nicht in der Lage seien, den Bestand ihrer Auftraggeber durch eigene Bemühungen zu erweitern und daß sie weder über eine eigene Betriebsstätte noch über ein eigenes Betriebskapital verfügten.
Diese Begründung vermag nicht zu überzeugen.
Die persönliche Abhängigkeit als Folge der Gliedstellung des Arbeitnehmers bildet das ausschließlich konstituierende Merkmal des Beschäftigungsverhältnisses.[1] Andere Kriterien für die Abgrenzung der selbständigen Tätigkeit von der abhängigen Arbeit wie die wirtschaftliche und soziale Stellung des Dienstleistenden und das Fehlen einer eigenen Betriebsstätte können nur ein Indiz für das Bestehen einer abhängigen Beschäftigung sein. Keine Relevanz kommt ihnen aber dann zu, wenn ein Verhältnis der persönlichen Abhängigkeit nicht besteht.
Wie das BSG zutreffend feststellt, scheidet die Direktion des Schlachthofes als Arbeitgeberin der einzelnen "Lohnschlachter" aus, weil sie die jeweiligen Schlachtungen nicht veranlaßt. Da die Bremer "Lohnschlachter" sogenannte Eigengruppen bilden, stehen sie auch nicht im Dienste ihrer Arbeitsgemeinschaften.

Das BSG hat hingegen ein Arbeitsverhältnis zwischen den einzelnen "Lohnschlachtern" und den die Aufträge vergebenden Schlachtereibetrieben angenommen, weil das dem Grundgedanken des Arbeitsrechts als Arbeitnehmerschutzrecht entspreche.

In Anbetracht des Fehlens einer räumlichen Eingliederung soll das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit zwar stark eingeschränkt sein und der einzelne "Lohnschlachter" nur allgemeinen Weisungen unterliegen, im Kern soll es jedoch bestehen.
Ein Verhältnis der persönlichen Abhängigkeit der einzelnen "Lohnschlachter" bestände indessen nur dann, wenn die einzelnen Auftraggeber die Arbeitskraft der "Lohnschlachter" planmäßig einsetzen könnten, insbesondere wenn sie die zeitliche Erledigung der Arbeit selbst bestimmen könnten.[2]
Nach den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz sind nähere Weisungen gegenüber den "Lohnschlachtern" hinsichtlich Zeit, Ort

1) s. o. S.84
2) vgl. zu diesen Kriterien Nikisch, Arbeitsrecht, 3.A. Bd.I, § 14 II 1, S.95

und Art der Arbeit aus rechtlichen Gründen ausgeschlossen, weil die Schlachthofordnung die zeitliche und technische Durchführung der Schlachtungen im einzelnen vorschreibt.
Die Auftraggeber können die Arbeitskraft der"Lohnschlachter" daher nicht planmäßig einsetzen und über diese verfügen. Die "Lohnschlachter" sind daher nicht in den Betrieb ihrer Auftraggeber eingegliedert.
Zwar kann die Weisungsbefugnis des Arbeitgebers im Einzelfall tatsächlich und rechtlich sehr stark eingeschränkt sein. Die Arbeitsleistung bleibt in solchen Fällen trotzdem fremdbestimmt, wenn sie ihr Gepräge von der Ordnung des Betriebes erhält, in dessen Dienst sie verrichtet wird.[1)]
Im vorliegenden Fall erhält die Arbeitsleistung der "Lohnschlachter" ihr spezifisches Gepräge aber gerade nicht von der Ordnung der Schlachtereibetriebe der Auftraggeber, sondern von der des Bremer Schlachthofes.[2)] Sie steht ausschließlich in einem betriebsorganisatorischen Zusammenhang zu dem Bremer Schlachthof. Ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis kann daher bei den "Lohnschlachtern" nicht angenommen werden.
Ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis muß darüber hinaus auch deshalb verneint werden, weil es den "Lohnschlachtern" im Hinblick auf die Zahl der von ihnen betreuten Betriebe gar nicht möglich ist, mit diesen ein Beschäftigungsverhältnis mit fest umrissener Arbeitszeit einzugehen. Selbst wenn die "Lohnschlachter" für wenige Schlachtereien tätig werden, kann ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis nicht angenommen werden.
Zwar ist ein Nebeneinander mehrerer versicherungspflichtiger Beschäftigungsverhältnisse nicht ausgeschlossen, wenn mehrere Auftraggeber vorhanden sind und die Beschäftigung zu verschiedenen Tagen oder Tageszeiten stattfindet.[3)]
Ein Verhältnis der persönlichen Abhängigkeit der einzelnen

1) BSGE 16, 289, 294

2) Demgegenüber stehen die nichtbeamteten Fleischbeschauer, die gleichfalls nur allgemeinen Weisungen unterliegen, in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis, denn ihre Arbeit erhält ihr Gepräge gerade durch Verordnungen und Dienstanweisungen der übergeordneten Verwaltung, in die sie eingegliedert sind, vgl. BSG SozR RVO Nr.55 zu § 165

3) RVA AN 1927, 581, 583 (GE 3102); BSG SozR RVO § 539 Nr.18 und Nr.34

"Lohnschlachter" zu ihren Auftraggebern bestände indes in diesem Falle aber nur dann, wenn sämtliche Beteiligte das Arbeitsgebiet der "Lohnschlachter" sachlich und zeitlich abgegrenzt hätten.[1] Dies wäre dann der Fall, wenn die "Lohnschlachter" ihre Arbeitskraft an bestimmten Wochentagen zu bestimmten Tageszeiten dem einzelnen Auftraggeber zur Verfügung zu stellen hätten, damit dieser über sie zu den vereinbarten Zeiten planmäßig verfügen kann.[2]

Daß der Arbeitsabruf der "Lohnschlachter" nach derartigen Gesichtspunkten geordnet ist, läßt sich dem Tatbestand nicht entnehmen. Es muß vielmehr davon ausgegangen werden, daß er sich lediglich nach dem Eingang der Aufträge richtet.

Gegen ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis spricht auch, daß die Arbeitsgemeinschaft für die Herbeiführung eines bestimmten Arbeitserfolges in Gestalt der sachgerecht durchgeführten Schlachtung und Weiterverarbeitung einzustehen hat und daß den einzelnen Mitgliedern kein Urlaubsanspruch gegenüber den einzelnen Schlachtereibetrieben zusteht.

Die Versicherungspflicht der "Lohnschlachter" begründet das BSG demgemäß im wesentlichen mit der allgemeinen beruflichen Stellung der "Lohnschlachter", die der der Metzgergesellen ähneln soll, sowie mit der bei ihnen gegebenen Schutzbedürftigkeit.

Nun hat zwar bereits das RVA anerkannt, daß die soziale Schutzbedürftigkeit in die Prüfung der Versicherungspflicht einzubeziehen ist. Demgemäß hat es ausgeführt, daß vorzugsweise auch soziale Gesichtspunkte zu berücksichtigen seien; ergebe diese Prüfung - bei einem Versicherungsagenten -, "daß er zur freien Betätigung seines Willens bei der Erledigung der Versicherungsgeschäfte einen gewissen Spielraum hat, wie er bei Ausübung eines selbständigen Gewerbes gewöhnlich besteht, so werde man ihn, zumal wenn er nach seiner sonstigen Berufsstellung und vermöge seiner sozialen Verhältnisse der Klasse der Kaufleute und Unternehmer zuzurechnen ist, hinsichtlich der Agenturgeschäfte als einen angestellten Gehilfen oder Beamten nicht ansehen

1) BFH v. 14.1.1965, BStBl.1965 III, S.185, 187
2) vgl. BSG SozR RVO § 539 Nr.18

dürfen."[1]
Soziale Gesichtspunkte wurden vom RVA jedoch nur unter Wahrung der übrigen dogmatischen Grundsätze berücksichtigt. Demgemäß wird in der zitierten Entscheidung wesentlich auf das Vorliegen eines persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnisses abgestellt.[2]
Damit übereinstimmend wird das Merkmal der "Lebensstellung" in der Anleitung des RVA vom 26.4.1912, in der Kriterien zur Feststellung eines abhängigen Arbeitsverhältnisses aufgestellt werden, erst als letztes unter mehreren Merkmalen aufgeführt.[3]

Die soziale Schutzbedürftigkeit kann daher nicht losgelöst von der persönlichen Abhängigkeit die Versicherungspflicht in der Rentenversicherung begründen.
Auch die weiteren vom BSG angeführten Umstände - das Fehlen einer eigenen Betriebsstätte und eigenen Betriebskapitals[4] sowie der Ausschluß von der werbenden Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsverkehr - lassen nicht den Schluß auf ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zwischen den Schlachtereibetrieben und den "Lohnschlachtern" zu, da sie im wesentlichen die Folge von Vorkehrungen gegen die mit dem Fleischverzehr verbundenen Gesundheitsgefahren sind und in keinem inneren Zusammenhang mit den Rechtsbeziehungen der Schlachtereibetriebe zu den "Lohnschlachtern" stehen.
Die Bremer "Lohnschlachter" stehen daher nicht in einem rentenversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis.[5]

1) RVA AN 1893, 145, 146 (Nr.291); zust. BSG SozR RVO Nr.16 zu § 165

2) Dies gilt in gleicher Weise für die angeführte Entscheidung BSG SozR RVO Nr.16 zu § 165

3) RVA AN 1912, 721, 731 Ziff.13

4) Für den Bereich der Bauwirtschaft erblickt das BSG, SozR RVO Nr.7 zu § 633 a.F. in dem Gesichtspunkt der eigenen Gerätschaften, Materialien oder sonstigen erheblichen Betriebseinrichtungen bereits ein untaugliches Kriterium für die Abgrenzung der unselbständigen Tätigkeit von der Unternehmereigenschaft.

5) So ebenfalls BFH v.14.1.1965, BStBl.1965 III, S.185 in einem gleich gelagerten Fall

Aus den dargelegten Gründen ist die vorstehende von der Rechtsprechung des 3.Senats (Krankenversicherungssenat) abweichende, eine Identität des Arbeits- und Beschäftigungsverhältnisses verneinende Rechtsprechung des 2., 4. und 11.Senats des BSG zum Recht der Unfall- und Rentenversicherung abzulehnen.

2. Kapitel: Das Arbeitsverhältnis und das Beschäftigungsverhältnis als einheitlicher Grundtatbestand im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht.

1. Wie dargestellt beginnt und endet das Beschäftigungsverhältnis regelmäßig zu dem von den Parteien vereinbarten Zeitpunkt.[1] Da das Versicherungsverhältnis wegen seiner großen Bedeutung für die Existenzsicherung des Versicherten und seiner Familie von vorübergehenden Schwankungen der tatsächlichen Arbeit unberührt bleiben muß,[2] wird das Beschäftigungsverhältnis in gleicher Weise wie das Arbeitsverhältnis durch Arbeitspausen, Ruhe-,Urlaubs- und Krankheitszeiten sowie durch eine zeitweise fehlende Dienstleistungsbereitschaft nicht unterbrochen. Unterbrechungen der tatsächlichen Arbeit werden durch das Willensband der am Arbeitsverhältnis beteiligten Parteien rechtswirksam überbrückt.
Diese Kongruenz in zeitlicher Hinsicht läßt darauf schließen, daß das Arbeits- und das Beschäftigungsverhältnis begrifflich übereinstimmen und identisch sind. Hierfür spricht, daß sich das Arbeitsrecht und das Sozialversicherungsrecht aufeinander zu entwickelt haben,

1) Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Arbeitnehmer durch sein Verhalten zu erkennen gibt, daß er seinen Dienst nicht antreten will bzw. daß er bereits vor Ablauf des Vertrages nicht mehr dienstbereit sein will. Diesem Ausnahmefall kommt aber im Rahmen einer grundsätzlichen Betrachtung nur geringe Bedeutung zu. Eine Theorie hat sich vielmehr am Normalfall auszurichten und zu bewähren. Im Regelfall, in dem die Arbeitsbereitschaft des Arbeitnehmers gegeben ist, besteht aber eine volle Kongruenz zwischen dem Arbeits- und dem Beschäftigungsverhältnis in zeitlicher Hinsicht.

2) vgl. den Vorlagebeschluß des 3.Senats des BSG v. 10.11.1970, SozSichKartei Nr.2474 IV/A zu § 165 RVO

indem das Arbeitsrecht entgegen der ursprünglich rein schuldrechtlichen Auffassung nunmehr auch das faktische Arbeitsverhältnis als ein echtes Arbeitsverhältnis anerkennt, während umgekehrt im Sozialversicherungsrecht nach der Abkehr der Rechtsprechung von einer allein faktischen Betrachtungsweise arbeitsvertraglichen Gesichtspunkten ein ausschlaggebender Einfluß auf die versicherungsrechtliche Beurteilung eingeräumt wird.[1)]
Für eine Identität der Grundtatbestände des Arbeits- und Beschäftigungsverhältnisses ließ sich ehedem anführen, daß sowohl dem Arbeitsrecht als auch dem Sozialversicherungsrecht ursprünglich derselbe Lebenstatbestand - die Leistung abhängiger Arbeit - zugrunde gelegen hat.[2)]
Damit übereinstimmend beruhten beide Rechtsgebiete für lange Zeit weitgehend auf demselben Grundanliegen, vornehmlich den sozialen Schutz der abhängigen Arbeitnehmer zu gewährleisten.[3)]

Das zunehmende Sicherungsbedürfnis hat aber in der Folgezeit dazu geführt, daß Selbständige wie Handwerker und Landwirte (Handwerkerversicherung, Altershilfe für Landwirte) sowie die hauptberuflich mitarbeitenden Angehörigen eines Landwirts ohne Rücksicht auf das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses (KVLG) in einzelne Zweige der Sozialversicherung einbezogen wurden (die Handwerker nur in die Rentenversicherung,die mitarbeitenden Familienangehörigen ohne Arbeitsvertrag nur in die Krankenversicherung der Landwirte,vgl. § 2 Nr.3 KVLG).Für weitere Berufsgruppen (z.B. Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte,Apotheker) wurden durch die jeweiligen Landesgesetzgeber Pflichtversicherungseinrichtungen geschaffen. Die allgemeine Öffnung der Rentenversicherung für Selbständige wurde schließlich durch die Einführung der Pflichtversicherung auf Antrag durch das 4.RVAndG ermöglicht.

Durch die Einbeziehung großer Gruppen von Selbständigen in den Schutzbereich der Sozialversicherung[4)] haben das Arbeits- und das Sozialversicherungsrecht eine unterschiedliche Entwicklung genommen.
Im Hinblick auf § 2 Abs.1 Nr.3 KVLG, der die Versicherungs-

1) vgl. zu dieser Entwicklung Bogs, DOK 1970, S.517, 576, 577
2) vgl. Bogs, DOK 1970, S.517, 520
3) vgl. hierzu Dersch, Festschrift für Bogs, S.60, 63;ders., RdA 1949, S.325, 326; RdA 1950, S.321; Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, S. 3
4) Auch das ältere Sozialversicherungsrecht kannte die Pflichtversicherung kleinerer Randgruppen von Selbständigen,vgl. § 166 RVO.

pflicht der hauptberuflich mitarbeitenden Angehörigen in der Krankenversicherung ohne Rücksicht auf das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses begründet, spricht Bogs von einer rechtsdogmatisch geradezu fast revolutionären Neuordnung, die eine gegenüber der bisherigen Entwicklung stärkere Lösung des Sozialversicherungsrechts von arbeitsrechtlichen Gestaltungen zeigt.[1)]

Das Sozialversicherungsrecht wird daher nicht mehr vornehmlich wie noch das Arbeitsrecht durch das besondere Anliegen des Schutzes der abhängigen Arbeit geprägt.
Für eine Identität des Arbeits- und Beschäftigungsverhältnisses spricht jedoch, daß der Arbeitnehmerbegriff für beide Rechtsgebiete übereinstimmend allein durch die persönliche Abhängigkeit konstituiert wird, die an Hand derselben einschlägigen Kriterien im Arbeits- wie im Sozialversicherungsrecht festgestellt wird. So hat das BSG bei der Frage nach dem Vorliegen eines versicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses wiederholt auf einschlägige arbeitsrechtliche Gesichtspunkte abgestellt, indem es davon ausgeht, daß die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers regelmäßig durch die Eingliederung in den Betrieb begründet wird.[2)] In gleicher Weise stimmen die essentiellen Abgrenzungsmerkmale für die Abgrenzung des Arbeits-(Beschäftigungs-)verhältnisses von der Rechtsstellung des Selbständigen in beiden Rechtsgebieten überein.[3)]

1) Bogs, SGb 1973, S.1

2) BSGE 10, 41, 45; 15, 65, 69; 16, 189, 193; vgl. auch oben S. 59, Fußn.2

3) Zu Recht bemerkt Fenn, Die Mitarbeit Familienangehöriger, S.92, Fußn. 161, daß die von der Rechtsprechung und Lehre im Sozialversicherungsrecht verwendeten Abgrenzungskriterien unverändert in jedes arbeitsrechtliche Lehrbuch oder in eine beliebige arbeitsrechtliche Entscheidung übernommen werden könnten. Diese Behauptung läßt sich unschwer durch die folgende Rechtsprechung und das nachstehend angegebene Schrifttum belegen: BSGE 11, 257, 260; 13, 130,132; 13, 196, 200; Bay.LSG, AnV 1955,S.247, 248; Böhmer, SozVers. 1959, S.118, 119; Trinkhaus, Anm. zu BSGE 13, 130 in SGb 1961, S.251, 253; Wannagat, Lehrbuch des Sozialversicherungsrechts, S. 205 ff, 309 ff,340 ff.
Im Sinne des Textes führt Bogs, KrV 1956, S.247, 248 aus, die Frage, ob ein Angehöriger als Arbeitnehmer oder als Mitunternehmer oder allein auf Grund familienrechtlicher Bande im Betrieb tätig werde, müsse für das Arbeits-,Sozialversicherungs- und Lohnsteuerrecht grundsätzlich nach den gleichen Gesichtspunten beurteilt werden.

Schließlich ist das Beschäftigungsverhältnis wie das Arbeitsverhältnis in seinem Entstehen und seinem Bestande vom Willen der Parteien abhängig. Wie die nähere Betrachtung der Rechtsprechung ergeben hat, überbrückt das zwischen den Parteien bestehende rechtliche Band Unterbrechungen der tatsächlichen Arbeit; es bestimmt Beginn und Ende des Beschäftigungsverhältnisses.[1] Entscheidend ist hier allein der Wille der Parteien. Das Beschäftigungsverhältnis, dessen tragender Grundpfeiler der Parteiwille ist, beruht somit auf demselben Wesenskern wie das Arbeitsverhältnis.

Unterschiede zwischen dem Arbeits- und Beschäftigungsverhältnis resultieren auch nicht daraus, daß das Arbeitsverhältnis regelmäßig durch einen Vertrag begründet wird, während demgegenüber im Sozialversicherungsrecht auf die Arbeit als solche abgestellt wird, die bereits die Versicherungspflicht entstehen läßt. Denn das Arbeitsverhältnis kann wie das Beschäftigungsverhältnis nur durch die auf übereinstimmenden Willen beruhende Arbeitsleistung begründet werden. Die Nichtigkeit und die Anfechtbarkeit wegen eines Willensmangels oder infolge eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Beschäftigungsverbot hindern die Begründung eines vollgültigen Arbeitsverhältnisses, das in diesem Fall auf der Eingliederung beruht, so wenig wie das Entstehen eines Beschäftigungsverhältnisses.[2],[3]

1) Die Versicherungspflicht setzt allerdings nicht voraus, daß die Beschäftigung auf einem rechtsgültigen Vertrag beruht. In gleicher Weise ist im Arbeitsrecht anerkannt, daß das Arbeitsverhältnis durch die bloße Eingliederung des Arbeitnehmers in den Herrschaftsbereich des Arbeitgebers begründet werden kann, vgl. hierzu Nikisch, Arbeitsrecht, 3.A., I.Bd., S. 49, 50, 131.

2) vgl. oben S. 58 ff, 75 ff, 79, 80

3) Da die Versicherungspflicht aber ein freies Beschäftigungsverhältnis voraussetzt, stehen Strafgefangene und Sicherungsverwahrte, soweit ihre Arbeitsleistung unter Zwang erfolgt, nicht in einem die Versicherungspflicht begründenden Beschäftigungsverhältnis, vgl. BSGE 27, 197, 198, 199. Zur Begründung verweist das BSG darauf, daß das Beschäftigungsverhältnis wie auch das arbeitsrechtliche Rechtsverhältnis durch den freien Austausch von Lohn und Arbeit gekennzeichnet wird. Es handle sich um einen grundlegenden Unterschied, ob jemand auf Grund eines Arbeitsvertrages für einen Arbeitgeber tätig wird oder ob er als Strafgefangener oder Sicherungsverwahrter kraft gesetzlichen Zwanges arbeiten müsse.

Das einzige Hindernis auf dem Wege zu einer Identität des Arbeits- und des Beschäftigungsverhältnisses könnte somit nur in einer unterschiedlichen Rechtsnatur beider Grundtatbestände gesehen werden.

Die Unterschiede zwischen dem versicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnis und dem Arbeitsverhältnis bestehen nach der herkömmlichen Auffassung, die auf einer Verwechselung des privaten Beschäftigungsverhältnisses und des öffentlich-rechtlichen Versicherungsverhältnisses beruht, in der Tat vor allem darin, daß das Arbeitsverhältnis als ein zweiseitiges privatrechtliches Rechtsverhältnis angesehen wird, während die versicherungsrechtliche Beschäftigung Teil eines dreiseitigen öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnisses zwischen Arbeitgeber, Arbeitnehmer und der Sozialversicherung sein soll.[1)]

Diese Ansicht ist aber schon deshalb unzutreffend, weil die dem Versicherungsverhältnis zugrunde liegenden Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nur im Privatrecht ihren Ursprung haben, zumal ein Subordinationsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bei der Begründung des Beschäftigungsverhältnisses nicht besteht.

Das Beschäftigungsverhältnis ist privatrechtlicher Natur. Es muß als die privatrechtliche Basis angesehen werden, auf der das öffentlich- rechtliche Versicherungsverhältnis errichtet ist.[2),3)]

Ein vergleichbares Ineinandergreifen von öffenlichem und privatem Recht ist im Steuerrecht nachweisbar, in dem ebenfalls

1) BSGE 1, 115,117; Peters, Hdb. der KV, Teil II, 17.A.,Bem. zu § 165 RVO, S.1773-10-; Albrecht, SozVers.1962, S.72, 74; Wannagat, Lehrbuch des Sozialversicherungsrechts, S.310, 311

2) Bogs, ZRR 1938, S.165, 166; ders., WsZ 1951, S.2, 4; DOK 1964, S.533, 534, Fußn.5; DOK 1968, S.314, 320; DOK 1970, S.517, 578. Die Auffassung von Bogs findet im Schrifttum zunehmend Anerkennung. Der Auffassung von Bogs stimmen Rinat, Die Sozialversicherung der Gegenwart, Bd. 4, S.39, Brackmann, Hdb. des Sozialversicherungsrechts, Bd.II, S.470g und Demuth Göttinger Dissertation, 1969, S.56, 59 zu.

3) Allerdings rechnet die RVO auch das Beamtenverhältnis - also ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis – zu den abhängigen Beschäftigungsverhältnissen, das die Versicherungspflicht unter den in § 169 RVO bestimmten Voraussetzungen auslöst. Dies läßt sich bereits dem wortlaut des § 169 RVO entnehmen, vgl. BSGE 20, 123, 126. § 169 RVO muß aber als eine echte Ausnahmeregelung im System der RVO angesehen werden. Diese Vorschrift steht der Annahme, daß das Beschäftigungsverhältnis grundsätzlich privatrechtlicher Natur ist, daher nicht entgegen.

privatrechtliche Rechtsbeziehungen das Entstehen öffentlich-rechtlicher Abgaben zur Folge haben.[1] Das Arbeitsverhältnis und das Beschäftigungsverhältnis sind daher entgegen der herkömmlichen Auffassung nicht unterschiedlicher Rechtsnatur.

Gegen eine Identität des Arbeits- und des Beschäftigungsverhältnisses ist weiterhin eingewandt worden, Unterschiede beständen insofern, als der Begriff des Arbeitsverhältnisses alle Rechtsbeziehungen zwischen den Vertragsparteien wie die Treuepflicht des Arbeitnehmers und die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers umfasse, während der Begriff des Beschäftigungsverhältnisses nur auf die Abhängigkeit der Arbeit abstelle.[2] Hierbei wird aber verkannt, daß die Treue- und die Fürsorgepflicht lediglich Ausfluß des Abhängigkeitsverhältnisses des Arbeitnehmers sind und somit keine dem Beschäftigungsverhältnis unbekannten Elemente darstellen.[3]

Gegen eine gemeinsame Begriffsbildung spricht schließlich auch nicht eine angeblich unterschiedliche Interessenlage im Arbeitsvertrags- und Sozialversicherungsrecht, die sich darin äußern soll, daß im Sozialversicherungsrecht allein das tatsächliche Geschehen maßgebend ist, während bei den vertraglich ausgestalteten Rechtsbeziehungen Raum für Fiktionen bestehe.[4]

Im Zivilrecht kommt es ebenfalls nicht auf die Bezeichnung des Vertrages und die Rechtsauffassung der Beteiligten an. Ausschlaggebend für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages ist nach der Rechtsprechung des BAG, "wie die Tätigkeit in ihrer konkreten Erscheinung geartet ist und wie sie sich tatsächlich abgewickelt hat".[5] Die tatsächlichen Verhältnisse sind, wie das BAG treffend bemerkt[5],"Erkenntnismerkmale" dafür, was die Parteien vereinbart haben.Zwischen dem Arbeitsrecht und dem Sozialversicherungsrecht bestehen insoweit keine Unterschiede.[6]

1) Bogs, DOK 1970, S.517, 578

2) Rindt, Die Sozialversicherung der Gegenwart, Bd.4, S.40

3) Demuth, Göttinger Dissertation 1969, S.54, Fußn.3

4) Wannagat, Lehrbuch des Sozialversicherungsrechts, S.311, 312

5) BAG AP Nr.3 zu § 611 BGB (Abhängigkeit) mit Anm. von Schnorr von Carolsfeld

6) Fenn, Die Mitarbeit Familienangehöriger, S.94,95; Koch/Hartmann/v.Altrock/Fürst,Kommentar zum AVG, Bd. IV, Bem. zu § 2, S.V 47a

Die Anerkennung der Eingliederungstheorie im Arbeitsrecht hat zur Folge, daß der eigentliche Beweggrund für eine vom Arbeitsrecht abweichende Dogmatik des Beschäftigungsverhältnisses, der Schutz der vertraglos ausgeübten Arbeit, fortgefallen ist.Da das Vorliegen eines Vertrages auch für das Arbeitsrecht keine essentielle und unabdingbare Voraussetzung für das Entstehen eines Arbeitsverhältnisses ist, steht einer gemeinsamen Begriffsbildung des Arbeits- und Beschäftigungsverhältnisses nichts entgegen.
Aus den dargelegten Gemeinsamkeiten folgt, daß die Grundbegriffe des Arbeits- und Beschäftigungsverhältnisses nicht lediglich im täglichen Leben im allgemeinen zusammenfallen.[1] Sie sind darüber hinaus grundsätzlich identisch.[2]

1) Daß die Grundtatbestände im täglichen Leben "im allgemeinen zusammenfallen", nimmt auch Wannagat, Lehrbuch des Sozialversicherungsrechts,S.312 an;er nimmt aber nur eine starke Ausstrahlung des Arbeitsverhältnisses auf das Beschäftigungsverhältnis an und verneint damit eine Identität der Grundbegriffe.

2) Bogs, DVBl. 1964, S.1, 6; ders.,DOK 1968, S.314, 320, 321; 1970, S. 517, 577, 578, 579; Hanow-Lehmann-Bogs, Kommentar zum 4.Buch der RVO,Rdn.6 zu § 1227 RVO, S.9; Festgabe für Hans Möller, S. 81 ff, 90, 95; Fenn, Die Mitarbeit Familienangehöriger, S.91, 92, 93, 94; Hastler, Anm. zum Urteil des LSG Hamburg v. 2.1.1955, SGb 1956, S.165, 169; Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, S.45, 46; weitere Nachweise für und gegen diese Auffassung bei Fenn,a.a.O.,S.91, Fußn. 155.
Dersch vertritt die Auffassung, daß das Arbeits- und das Sozialversicherungsrecht Schwestergebiete sind, die so eng miteinander verbunden sind, daß ihre grundlegenden Begriffe nur einheitlich ausgelegt werden können, ArbVers. 1938, S.505; RdA 1950, S. 321. Dersch strebt daher eine gemeinsame Begriffsbildung beider Rechtsverhältnisse auf der Grundlage des faktischen Arbeitsverhältnisses an. Das Beschäftigungsverhältnis soll eine Parallele im Besitzrecht finden (bereits Rosin hat von einem dem Sachbesitz analogen Besitz an der Arbeitskraft gesprochen ,ArbVers. 1893, S.97, 100). Es ist ein auf tatsächlicher Grundlage beruhendes Rechtsverhältnis, das aber durch Unterbrechungen der tatsächlichen Arbeit im allgemeinen nicht beendet wird, ArbRPrax. 1930, S.142, 144;Dersch bei Bogs, Gegenwartsfragen sozialer Versicherung, S.33, 38 ff; ferner RdA 1950, S.321 ff.
Die Auffassung von Dersch ist jedoch abzulehnen; denn das Beschäftigungsverhältnis ist seiner Rechtsnatur nach ein Arbeitsvertragsverhältnis und somit kein lediglich auf tatsächlicher Grundlage beruhendes Rechtsverhältnis (so A.v. Altrock, bei Hanow-Lehmann-Bogs, aaO, Bem.II, Rdn.13 zu § 1227 RVO;ders. in RdA 1951, S.131 ff.)
Nach Ansicht von Rindt, Die Sozialversicherung der Gegenwart, Bd.4, S.40, 42 stimmen das Arbeits- und das Beschäftigungsverhältnis

In gleicher Weise genen auch Koch/Hartmann/v.Altrock/Fürst[1] sowie A.Demuth[2] von einem einheitlichen Begriff des Arbeits- und Beschäftigungsverhältnisses aus. Dieses Schrifttum betont aber, daß im Sozialversicherungsrecht infolge der Fortentwicklung des modernen Arbeitsrechts für einen selbständigen Begriff des Beschäftigungsverhältnisses kein Bedürfnis mehr besteht. Es stützt sich damit lediglich auf die Fortentwicklung des Arbeitsrechts, die dieses durch die Einbeziehung der tatsächlichen Arbeitsverhältnisse genommen hat.
Abschließend ist festzustellen, daß die Unterscheidung zwischen einem arbeitsrechtlichen Arbeitsverhältnis und einem versicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnis nicht gerechtfertigt ist.[3]
Damit übereinstimmend hat der Gesetzgeber den versicherungspflichtigen Personenkreis im § 539 Abs. 1 Nr.1 RVO unter Verwendung einer dem Arbeitsrecht entlehnten Terminologie abgegrenzt.Auch § 176 Abs. 1 Nr.2 enthält ein dem Arbeitsrecht entlehntes Begriffsmerkmal:"ohne eigentliches Arbeitsverhältnis". Die Fassung der §§ 176 Abs. 1 Nr.2 und 539 Abs. 1 Nr.1 RVO weist darauf hin, daß auch der Gesetzgeber von einer weitgehenden Identität der Grundtatbestände ausgeht.
In Übereinstimmung zu der hier vertretenen Auffassung steht die bereits angeführte Rechtsprechung des 3.Senats des BSG, in der die grundsätzliche Identität beider Tatbestände unterstrichen wird.[4]

im Kern überein. Brackmann, Hdb. des Sozialversicherungsrechts, Bd.II, S.306 l, 470 f sowie Nipperdey, RdA 1964, S.34 vertreten die Auffassung, daß beide Begriffe zu einem erheblichen Teil übereinstimmen. Neumann-Duesberg vermag ebenfalls nicht wesentliche Unterschiede zwischen beiden Begriffen zu erkennen, DOK 1966, S.591, 593.

1) Kommentar zum AVG, Bd. 1, Bem. II 1 zu § 1 AVG, S.155

2) Göttinger Dissertation 1969, S.38, 53, 54

3) Zur gegenteiligen Auffassung vgl. Riechels, ZSR 1962, S.7; Wannagat, Lehrbuch des Sozialversicherungsrechts, S.310 ff und das in Fußn.6(S.143) angegebene Schrifttum;weitere Nachweise bei Fenn, Die Mitarbeit in den Diensten Familienangehöriger, S.90, Fußn. 149.
Die gegenteilige Auffassung in der Lehre gesteht aber zu, daß beide Rechtsverhältnisse im täglichen Leben im allgemeinen zusammenfallen und daß das Arbeitsverhältnis stark auf das Beschäftigungsverhältnis ausstrahlt. Das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses soll in der Regel auf das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses hindeuten, vgl. in diesem Sinne Wannagat, aaO, S.312.

4) vgl. oben S.146 ff

2. Die Verklammerung des Arbeits- und Sozialversicherungsrechts, die in der Identität der Grundbegriffe des Arbeits- und Beschäftigungsverhältnisses in bedeutsamer Weise zutage tritt, kommt schließlich auch in der Verweisung des Sozialversicherungsrechts auf zivilrechtliche Institutionen und Begriffe zum Ausdruck.

Die dem bürgerlichen Recht entlehnten Rechtsbegriffe sind im Sozialversicherungsrecht grundsätzlich nach dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung in demselben Sinne wie im Zivilrecht auszulegen.[1)]

So ist bereits das RVA davon ausgegangen, daß die familienrechtlichen Vorschriften des bürgerlichen Rechts auch für das Gebiet des Sozialversicherungsrechts maßgebend sind.[2)] Zur Begründung verweist das RVA darauf, daß ein Abweichen von den feststehenden Rechtsbegriffen des bürgerlichen Rechts leicht zu einer willkürlichen Handhabung der in Frage kommenden Vorschriften führen würde, die geeignet wäre, das Vertrauen in die Rechtsprechung zu erschüttern.[3)]

In gleicher Weise betont das BSG in ständiger Rechtsprechung, daß die auf familienhafte Beziehungen verweisenden Begriffe des Sozialversicherungsrechts inhaltlich durch das bürgerliche Familienrecht bestimmt werden und daß die allgemein anerkannten bürgerlich-rechtlichen Grundsätze des Unterhaltsrechts auch im Sozialversicherungsrecht gelten, da dort die grundlegenden Rechtsbegriffe durch ein "ausgewogenes System materieller Rechtssätze"geprägt sind, während das Sozialversicherungsrecht kaum Ansatzpunkte für eine eigenständige Ausgestaltung der auf die Familie bezogenen rechtlichen Grundbegriffe biete.[4)]

1) vgl. zur Verweisung des Sozialversicherungsrechts auf zivilrechtliche Begriffe Boggs, SGb 1970, S.321, 322, 323; Langkeit, SGb 1963, S.289 ff, 291 ff; Wannagat, Lehrbuch des Sozialverrechts, S.200 ff

2) vgl. RVA EuM Bd. 8, 260, 261; RVA EuM Bd.22, 423, 424; RVA AN 1944 II 270 (GE 5577)

3) RVA AN 1944, 270

4) vgl. BSGE 3, 106, 110; 5, 249, 252; 6, 197, 203; 8, 92,96; 10, 28,30; 11, 30, 34; 11, 136, 140; 12, 38, 40; 12, 147, 148(GrSen); 29, 32, 33

Die dem Familienrecht entlehnten Begriffe sind somit grundsätzlich mit ihrem jeweils geltenden Bedeutungsgehalt im Sozialversicherungsrecht anzuwenden.
Ihren absoluten Charakter verliert die Verweisung allerdings dann, wenn der mit der Verweisung übernommene Begriff in dem Rechtsgebiet, in dem er angesiedelt ist, eine Wesensveränderung erfahren hat, die seiner Anwendung im Sozialversicherungsrecht infolge nunmehr unvereinbarer Zielsetzungen entgegensteht.[1)]

1) Langkeit, SGb 1963, S.29[illegible]; Boes, SGb 1970, S.32[illegible]

Dritter Teil: Zur Identität der Grundtatbestände des Arbeits- und Beschäftigungsverhältnisses im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht einerseits und des Dienstverhältnisses im Lohnsteuerrecht andererseits.

1. Die allgemeinen Begriffsmerkmale des Dienstverhältnisses im Sinne des Lohnsteuerrechts

Weitaus unproblematischer als die Frage der Identität des Arbeits- und des Beschäftigungsverhältnisses gestaltet sich die Beantwortung der Frage nach der einheitlichen juristischen Qualifikation des Arbeits- und Beschäftigungsverhältnisses einerseits und des Dienstverhältnisses andererseits.
Auszugehen ist hierbei von der Bestimmung des § 38 EStG, nach der bei Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit die Einkommensteuer durch Abzug vom Arbeitslohn erhoben wird (Lohnsteuer).
Die Lohnsteuer ist somit eine Sonderform der Einkommensteuer, die nur die Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit erfaßt (vgl. § 38 Abs.1 Satz 1 i.V.m. § 2 Abs. 3Nr.4 EStG).
§ 1 Abs.3 Satz 2 der LStDV vom 29.4.1971 bestimmt dementsprechend, daß ein Dienstverhältnis im Sinne des Lohnsteuerrechts dann vorliegt, wenn der Beschäftigte in der Betätigung seines geschäftlichen Willens unter der Leitung des Arbeitgebers steht oder im geschäftlichen Organismus des Arbeitgebers dessen Weisungen zu befolgen verpflichtet ist.
Der Grundtatbestand des Dienstverhältnisses im Sinne des Lohnsteuerrechts besteht somit in der Leistung unselbständiger Arbeit. In gleicher Weise gehen aber auch das Arbeits- wie das Sozialversicherungsrecht von der Leistung abhängiger Arbeit aus. Wie im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht so gehört auch im Lohnsteuerrecht die persönliche Abhängigkeit zu den konstituierenden Merkmalen des Arbeitnehmerbegriffes.[1] Ebenfalls wie im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht[2] beruht auch im Lohnsteuerrecht bei Ungültigkeit des Vertrages das vollzogene Dienstverhältnis auf der Eingliederung, da das Recht die Tatsache seiner Verwirklichung nicht negieren kann.

1) Öftering-Görbing, Das gesamte Lohnsteuerrecht, Bd.I, Anm.9, Bl.5,1
2) siehe oben S. 75 ff, 79, 80, 83, 87 ff, 107, 108, 178

Ein gültiger Dienstvertrag im Sinne des BGB ist hierzu nicht erforderlich.[1)]
Den genannten drei Rechtsgebieten liegt somit einheitlich der Zentralbegriff des abhängigen Arbeitsverhältnisses zugrunde.

2. Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zur Identität der Grundtatbestände

Damit übereinstimmend hat das BSG in der bahnbrechenden "Meistersohn"-Entscheidung festgestellt, daß der für das Sozialversicherungs- und Arbeitsrecht gleiche Begriff des abhängigen Arbeitsverhältnisses grundsätzlich auch im Lohnsteuerrecht gilt.[2)] Der für die Frage der Versicherungs- und Lohnsteuerpflicht maßgebende Begriff des Arbeitsverhältnisses ist in beiden Rechtsgebieten grundsätzlich der gleiche. Ausnahmen von dieser grundsätzlichen Übereinstimmung bestehen allerdings insoweit, als das Sozialversicherungsrecht in bestimmten Fällen trotz des Bezuges von Arbeitsentgelt Versicherungsfreiheit statuiert (vgl. z.B. die §§ 172, 173 RVO und die Fälle des Überschreitens der Krankenversicherungspflichtgrenze für Angestellte), ohne daß das Steuerrecht eine entsprechende Folge eintreten läßt. Andererseits enthält das Steuerrecht Ausnahmevorschriften, wonach Bezüge, die Arbeitsentgelt darstellen, von der Lohnsteuerpflicht ausgenommen sind.
Hierzu stellt das BSG in der "Meistersohn"-Entscheidung fest, im Hinblick auf derartige ausdrücklich bestehende Ausnahmevorschriften sei eine völlige rechtliche Übereinstimmung der Lohnsteuerpflicht und der Versicherungspflicht in der Tat nicht gegeben. Es gehe aber nicht an, so fährt das BSG unter fast wörtlicher Übernahme der entsprechenden Ausführungen von Bogs in der Festgabe für Rohrbeck[3)] fort, mit Rücksicht auf die klar abgegrenzten gesetzlichen Ausnahmen den tragenden Grundsatz zu übersehen, daß Lohnsteuerpflicht und Beitragspflicht auf dem

1) Lademann-Lenski-Brockhoff, Kommentar zum EStG, § 19 EStG, Anm.5; BFH v.28.4.1954, StRK EStG § 19 Abs.1 Ziff.1 R 75
2) BSGE 3, 30, 40, 41; so ebenfalls BSGE 16, 289, 295; 21, 57, 60; Bogs, BArBl.1962, S.369; ders., DVBl.1964, S.1, 6
3) Bogs, Festgabe für Rohrbeck, S.13, 32

gleichen Rechtsbegriff des entgeltlichen Beschäftigungsverhältnisses beruhen.[1)]
Dem Arbeits-, Sozialversicherungs- und Lohnsteuerrecht liegt demnach der einheitliche Grundtatbestand des abhängigen Beschäftigungsverhältnisses zugrunde.
Damit übereinstimmend muß die Abgrenzung der nichtselbständigen Arbeit von der selbständigen in allen drei Rechtsgebieten grundsätzlich bei zutreffender Rechtsanwendung zu den gleichen Ergebnissen führen.[2)]

3. Die Indizienlehre des Bundessozialgerichts und des Bundesfinanzhofes

Mit Rücksicht auf die Identität der Grundbegriffe des Beschäftigungs- und Dienstverhältnisses sieht das BSG in der Lohnsteuerpflicht ein wesentliches Indiz für das Vorliegen eines versicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses, während die Gewerbesteuerpflicht und die Veranlagung zur Einkommen- und Umsatzsteuer Anhaltspunkte für das Vorliegen einer versicherungsfreien selbständigen Tätigkeit sind.[3)]
Umgekehrt stellt nach Ansicht des BFH die Sozialversicherungspflicht ein Anzeichen für das Bestehen eines lohnsteuerpflichtigen Dienstverhältnisses dar.[4)]

1) Diese Rechtsprechung geht - wie bereits angedeutet - auf Bogs, Festgabe für Rohrbeck, S.13, 32 zurück; vgl. hierzu auch Bogs, KrV 1956, S.247, 250, 251; zust. BSGE 16, 289, 295; 20, 6, 9; 21, 57, 60; BSG SozR RVO § 165 Nr.16 ("Es besteht sozialversicherungsrechtlich einerseits und steuerrechtlich andererseits grundsätzlich kein Gegensatz in der rechtlichen Betrachtungsweise der Frage, ob jemand selbständig oder unselbständig ist."); Wannagat, Lehrbuch des Sozialversicherungsrechts, S.211; Hauck, DOK 1966, S.113, 114; Trinkhaus, Anm. zum Urteil des BSG v.28.10.1960, SGb 1961,S.252; Haueisen, NJW 1964, S.626, 628; so zuvor schon Schmahl, WzS 1953, S.207, 208, 209.

2) BSGE 3, 30, 41; 20, 6, 9; so bereits zuvor Bogs, Festgabe für Rohrbeck, S.13, 32, 34; ders., KrV 1956, S.247, 251

3) BSGE 3, 30, 40, 41; 16, 289, 295; 17, 1, 4, 5; 21, 57, 60; so ebenfalls Bogs, Festgabe für Rohrbeck,S.34, 35; Brackmann, hdb. des Sozialversicherungsrechts, Bd.II, S.510 d, e; Wannagat, Lehrbuch des Sozialversicherungsrechts, S.212

4) BFH StRK EStG § 19 Abs.1 Ziff.1 R 75; BFH StRK EStG § 19 Abs.1 Ziff.1 R 135; BFH StRK GewStG § 2 Abs.1 R 242; BFH NJW 1955, S.1615, 1616; BFH StRK EStG § 19 Abs.1 Ziff.1 R 393

4. Die Verklammerung des Sozialversicherungsrechts und des Lohnsteuerrechts im Entgeltbegriff

Eine weitere Verklammerung des Sozialversicherungsrechts mit dem Steuerrecht, die nach allgemeiner Auffassung mehr technischer Natur ist,[1] da sie lediglich die Beitragsbemessung im Rahmen einer bestehenden Beitragspflicht berührt, besteht beim Entgeltbegriff. Zur Erleichterung des gemeinsamen Lohnabzuges wurde der Entgeltbegriff der RVO zunächst den lohnsteuerrechtlichen Vorschriften für bestimmte Einzelfälle angeglichen.[2] Eine grundsätzliche Übereinstimmung zwischen der Berechnung der Sozialversicherungsbeiträge und den Lohnsteuervorschriften wurde durch den Gemeinsamen Erlaß vom 10.9.1944 (AN 1944, 281) in Verbindung mit § 19 der 2.Lohnabzugsverordnung vom 24.4.1942 (RGBl.I, S.252) herbeigeführt. Der Gemeinsame Erlaß bestimmt in Abschnitt 1, Seite 1, daß "die Beiträge zur Sozialversicherung grundsätzlich von dem Betrag zu berechnen sind, der für die Berechnung der Lohnsteuer maßgebend ist."
In Ergänzung dieser Regelung hat der RAM durch Erlaß vom 24.10. 1944 (AN 1944, II, 302) bestimmt, daß Lohnbezüge, die nach dem Gemeinsamen Erlaß "bei der Berechnung der Beiträge zur Sozialversicherung außer Ansatz bleiben, nicht als Entgelt im Sinne der Sozialversicherung anzusehen sind."
Das BSG sieht den Gemeinsamen Erlaß in ständiger Rechtsprechung als geltendes Bundesrecht an.[3] Nach seiner Rechtsprechung bedarf es bei lohnsteuerpflichtigen Bezügen nicht der Prüfung, ob diese auch als Entgelt im Sinne des § 160 RVO anzusehen sind.

Der sozialversicherungsrechtliche Entgeltbegriff richtet sich dementsprechend seit dem Inkrafttreten des heute noch gültigen Gemeinsamen Erlasses des RMdF und des RAM nach der lohnsteuerpflichtigen Beurteilung der Bezüge. Der eigenständige Entgeltbegriff der Sozialversicherung ist - wie zutreffend bemerkt wurde - untergegangen.[4]

1) Wannagat, Lehrbuch des Sozialversicherungsrechts, S.211; v.Altrock, SGb 1960, S.33, 36

2) vgl. § 10 der 1.Lohnabzugsverordnung v.1.7.1941, RGBl.I, S.362 und den Gemeinsamen Erlaß des RMdF und des RAM v.20.9. 1941 (AN 1941, 371)

3) BSGE 6, 47, 51, 52, 53; 15, 65, 69; 16, 91, 94; 21, 48, 50; 22, 106; 24, 71, 72, 74; 26, 68, 69

4) v.Altrock, SGb 1960, S.33; BSGE 22, 106,107

Wie das BSG zu Recht festgestellt hat, beruht der Gemeinsame Erlaß letztlich auf den gleichen rechtlichen Merkmalen des lohnsteuerrechtlichen Dienst- und des sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses.[1)] Denn eine gemeinsame Bemessungsgrundlage für die Berechnung der Beiträge zur Sozialversicherung und für die Berechnung der Lohnsteuer konnte durch den Gemeinsamen Erlaß nur deshalb sinnvoll hergestellt werden, weil der Grundtatbestand des Beschäftigungsverhältnisses und des Dienstverhältnisses im Sozialversicherungsrecht und im Lohnsteuerrecht in der Leistung abhängiger Arbeit besteht und somit in beiden Rechtsgebieten übereinstimmt.

5. Die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes zur Identität des Arbeits-, Beschäftigungs- und Dienstverhältnisses

Wie das BSG, so geht auch der BFH zunehmend von der grundsätzlichen Identität des Arbeits-, Beschäftigungs- und Dienstverhältnisses aus.[2)]
Unter Betonung der Eigenständigkeit einer steuerrechtlichen Beurteilung stellte der BFH allerdings in seinem Urteil vom 9.2.1951[3)] zur Lohnsteuerpflicht eines Ordensangehörigen zunächst fest, daß der Begriff des Dienstverhältnisses im Sinne des Lohnsteuerrechts keinem anderen Rechtsgebiet entnommen ist. Er sei vielmehr nach steuerlichen Gesichtspunkten auszulegen. Eine verschiedene Beurteilung des gleichen Tatbestandes für verschiedene Rechtsgebiete (Zivilrecht, Sozialversicherungsrecht, Arbeitsrecht und Lohnsteuerrecht) sei danach möglich.
In einer späteren Entscheidung wird klargestellt, hiermit sollte lediglich zum Ausdruck gebracht werden, daß die Beurteilung des gleichen Tatbestandes in anderen Rechtsgebieten(Zivilrecht, Sozialversicherungs- und Arbeitsrecht), für das Steuer-

1) BSGE 3, 30, 40, 41; 6, 47, 56; 20, 6, 9

2) Da die Abgrenzung der selbständigen Tätigkeit von der abhängigen Arbeit für die Einkommen-,Umsatz- und Gewerbesteuer nach denselben Grundsätzen zu beurteilen ist (BFH, Slg. Bd. 27, 827, 831, 832), werden in der nachstehenden Erörterung der Rechtsprechung des BFH auch Entscheidungen aus dem Umsatz- und Gewerbesteuerrecht berücksichtigt.

3) BFH v. 9.2.1951, BFH Slg. Bd.55, 192, 198; so ebenfalls FG Düsseldorf EFG 1958, 349

recht nicht bindend sei.[1]
Bei der Frage der Bindung handelt es sich aber lediglich um ein verfahrensrechtliches Problem, das die grundsätzliche materiellrechtliche Übereinstimmung der Grundtatbestände nicht berührt.[2]

Grundsätzliche Unterschiede im Grundtatbestand erblickte die frühere Rechtsprechung des BFH zunächst darin, daß sich der Arbeitnehmerbegriff des Lohnsteuerrechts nicht mit dem in anderen Rechtsgebieten verwendeten Begriffen deckt.
So stellt der BFH in seiner Entscheidung vom 2.12.1954[3] zur Rechtsstellung der Heimarbeiter fest, daß die in arbeits- und sozialrechtlichen Gesetzen enthaltenen Begriffsbestimmungen und Regelungen für die einkommensteuerrechtliche Beurteilung nicht bindend sind. Sie könnten lediglich zur Klärung und Auslegung der für das Steuerrecht maßgebenden Begriffe herangezogen werden.
Diese Rechtsprechung führt der BFH in der Entscheidung vom 20.1.1955[4] fort, indem er im Hinblick auf die Abgrenzungen im Heimarbeitergesetz und im Arbeitsgerichtsgesetz erklärt,

1) BFH v.17.7.1958, BFH Slg. Bd. 67, 223, 226

2) Durch die materiellrechtliche Übereinstimmung der Grundtatbestände wird die Entscheidungsfreiheit der Arbeits-, Sozial- und Finanzgerichte in keiner Weise angetastet. Die einzelnen Gerichte haben selbständig über das Vorliegen eines entgeltlichen Beschäftigungsverhältnisses zu entscheiden, ohne verfahrensrechtlich durch die Entscheidungen in den anderen Gerichtszweigen präjudiziert zu werden.
Soweit allerdings der Begriff der abhängigen Arbeit als solcher Gegenstand von Meinungsverschiedenheiten zwischen den obersten Gerichten ist, bedarf es der Anrufung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichte (a.A. BSG SozR RVO § 539 Nr.34; BFH BStBl.1968 II, S.718; wie hier Sieg in seinem Gutachten zu BSG 2 RU 186/69, das in BSG SozR RVO § 539 Nr.34 insoweit nicht abgedruckt ist.) Denn hierbei handelt es sich um eine Rechtsfrage im Sinne des § 2 Abs.1 des Gesetzes zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes v.19.6.1968 (BGBl.I S.661).
Vgl. zum Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes Schmidt-Leutsch, DRiZ 1968, S.325, 327

3) DStR 1955, S.231, 232

4) BB 1955, S.340

die Begriffe des Arbeitnehmers stimmten in den verschiedenen Rechtsgebieten nicht überein. Es sei deshalb möglich, daß jemand nach einem dieser Gesetze als Arbeitnehmer anzushhen sei, nach anderen nicht. Für die steuerliche Betrachtung sei daher nur der für das Steuerrecht maßgebende Arbeitnehmerbegriff zugrunde zu legen.[1)]

Diese Rechtsprechung wird in einer neueren Entscheidung des BFH zur Arbeitnehmereigenschaft der Gerichtsreferendare nochmals bekräftigt.[2)] In dieser Entscheidung wird betont, für die rechtliche Qualifikation komme es nicht auf die Lage in anderen Rechtsgebieten, etwa des Arbeits- oder Sozialversicherungsrechtes, sondern allein auf die steuerlichen Gesichtspunkte an, wie sie im § 19 EStG und der LStDV zum Ausdruck gebracht sind. Daß für andere Rechtsgebiete andere Begriffsbestimmungen des Arbeitnehmers und des Arbeitslohns gelten könnten, hänge damit zusammen, daß die verschiedenen Gesetze zum Teil verschiedenen rechtspolitischen Zwecken dienten.

Weitere grundlegende Vorbehalte gegen eine gemeinsame Begriffsbildung resultieren daraus, daß im bürgerlichen Recht angeblich mehr auf die Form, im Steuerrecht mehr auf den wirtschaftlichen Inhalt eines Vertrages abgestellt wird. Diese Verschiedenheit in der Betrac-htung führe zu einer gewissen Eigenständigkeit des Einkommensteuerrechts und verbiete es, Vorgänge ohne Prüfung des sachlichen Inhalts der Abmachungen allein nach der bürgerlich-rechtlichen Form zu beurteilen, in der sie in Erscheinung treten. Maßgebend seien daher die Begriffe des Einkommensteuergesetzes unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise.[3)]

In weiteren Entscheidungen äußert der BFH die Auffassung, daß die bürgerlich-rechtlichen und die steuerlichen Begriffe des Arbeitsverhältnisses und der Mitunternehmerschaft sich nicht immer decken.[4)]

1) In diesem Sinne bereits BFH v.16.1.1952, Slg.Bd.56, 200, 202
2) BFH v.10.12.1971, BFH Slg. Bd. 104, 197, 200
3) BFH v.13.12.1960, BStBl.1961 III, S.127
4) BFH v.18.10.1961, StRK EStG § 5 R 286 mit Anm. von Theis in StRK-Anmerkunngen zu § 5 EStG R 286

Die Frage der Selbständigkeit oder Unselbständigkeit soll gleichfalls ausschließlich nach steuerlichen Gesichtspunkten zu beurteilen sein.[1)]

Unter Zugrundelegung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise hat der BFH schließlich auch die steuerliche Beurteilung einer Nebentätigkeit von der Qualifikation der Haupttätigkeit abhängig gemacht.[2)] Zur Begründung wird ausgeführt, nach der das Steuerrecht beherrschenden wirtschaftlichen Betrachtungsweise müsse in Grenzfällen der wirtschaftliche Gehalt eines Rechtsverhältnisses gegenüber der bürgerlich-rechtlichen Betrachtung den Ausschlag geben. Die wirtschaftliche Betrachtung führe dazu, die steuerliche Beurteilung der Haupttätigkeit einer Person auch für die Nebentätigkeit maßgebend sein zu lassen, wenn die Nebentätigkeit mit der Haupttätigkeit in engem Zusammenhang stehe und gewissermaßen nur ihr Ausfluß sei. Infolge dieser Betrachtungsweise könne eine Nebentätigkeit, die bei gesonderter Beurteilung als selbständig zu beurteilen wäre, steuerlich als unselbständig zu betrachten sein.[3)]

Die vorstehend dargestellte Rechtsprechung des BFH, die die Eigenständigkeit der steuerrechtlichen Begriffsbildung unterstreicht, und zur Grundlage der steuerlichen Betrachtung macht, hat zunehmend an Bedeutung verloren. Der überwiegende Teil der Rechtsprechung des BFH geht davon aus, daß der Begriff der abhängigen Arbeit im Steuerrecht nach den gleichen Kriterien wie im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht zu bestimmen ist, daß insbesondere die zivilrechtliche Gestaltungsfreiheit auch im Steuerrecht gilt und daß sich das Steuerrecht auch im übrigen stark an das Zivilrecht anlehnt.

1) BFH v.27.4.1961, BStBl.1961 III, S.315 mit Anm. von Gaul in StRK-Anmerkungen zu § 2 Abs.1 EStG R 140

2) BFH v.9.12.1955, BStBl.1955, S.55 zur rechtlichen Qualifikation von Vergütungen, die Angestellte eines Notars für die Auflassungsvollmacht von den Parteien eines beurkundeten Grundstücksgeschäfts erhalten.

3) im Ergebnis ebenso mit anderer Begründung BSG SozR RVO § 165 Nr.62

Die grundsätzliche Übereinstimmung der abhängigen Arbeit im Arbeits- und Steuerrecht wird in der Entscheidung des BFH vom 12.1.1961[1] deutlich angesprochen.
In dieser Entscheidung wird ausgeführt, die Begriffe des Arbeitsverhältnisses im Sinne des Steuerrechts einerseits und des Arbeitsrechts andererseits deckten sich nicht immer. Aber in der Regel sei ein Arbeitsverhältnis des Arbeitsrechts auch ein Arbeitsverhältnis des Steuerrechts und aus sozialpolitischen Erwägungen bestehe eher die Tendenz, den Begriff des Arbeitsverhältnisses im Sinne des Arbeitsrechts gegenüber dem des Steuerrechts auszudehnen. Es bedürfe deshalb schon einer ausführlichen Begründung, warum die behauptete arbeitsrechtliche Selbständigkeit im zur Entscheidung anstehenden Falle mit einer steuerlichen Unselbständigkeit verbunden sein solle.
In der grundsätzlichen Entscheidung vom 24.11.1961[2] strebt der BFH eine möglichst weitgehende Übereinstimmung zwischen der sozialversicherungsrechtlichen und der steuerrechtlichen Betrachtungsweise an. In der genannten Entscheidung führt der BFH unter Verweisung auf die Rechtsprechung des RVA und des BSG aus, die Begriffe "Arbeitnehmer" im Steuerrecht und "Beschäftigungsverhältnis" im Sozialversicherungsrecht stimmten im wesentlichnn überein. Ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis im Sinne des Sozialversicherungsrechts werde nämlich angenommen, wenn der Arbeitnehmer in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit zum Arbeitgeber stehe, wobei die persönliche Abhängigkeit besonders in einem Weisungsrecht des Arbeitgebers und in der Regelung und Überwachung der Arbeitszeit, der Arbeitsfolge und des Arbeitsverfahrens durch diesen zum Ausdruck komme.
Aus den vom BFH in dieser Entscheidung angeführten sozialversicherungsrechtlichen Sonderregelungen (§§ 168, 1228 RVO, § 4 AVG), die im wesentlichen die Versicherungsfreiheit von Nebenbeschäftigun-gen und sonstigen Dienstleistungen betreffen, lassen sich materiellrechtliche Unterschiede im Grundtatbestand nicht herleiten, will man nicht den tragenden Leitgedanken, auf dem das Sozialversicherungsrecht und das Lohnsteuerrecht beruhen, außer

1) BFH, Slg.Bd.73, 827, 836
2) BFH, Slg.Bd.74, 97, 102, 103

acht lassen, der darin besteht, daß der Grundtatbestand des Beschäftigungsverhältnisses wie der des Dienstverhältnisses in der Leistung abhängiger Arbeit besteht.
Aus dem in dieser Entscheidung enthaltenen Hinweis auf das Urteil des BFH vom 6.10.1961[1] ergibt sich, daß der BFH eine unterschiedliche Interessenlage des Sozialversicherungs- und Steuerrechtes daraus herleitet, daß Kinder ihren Eltern durch fingierte Arbeitsverträge eine Versorgung aus der Sozialversicherung verschaffen könnten, um sich selbst von der Unterhaltspflicht bei Krankheit und Alter zu entlasten. Derartige Überlegungen stehen jedoch einer Identität des Beschäftigungs- und Dienstverhältnisses nicht entgegen, da fingierte Arbeitsverträge auch im Sozialversicherungsrecht nicht anerkannt werden.

In der Entscheidung vom 22.3.1968[2] zur Arbeitnehmereigenschaft eines Stationsreferendars, der von Fall zu Fall bei einem Rechtsanwalt tätig wird, befaßt sich der BFH wiederum mit der Kongruenz des Arbeitnehmerbegriffes im Arbeits-, Sozialversicherungs- und Lohnsteuerrecht.
In dieser Entscheidung hält der BFH daran fest, daß die Begriffe des "Arbeitnehmers" in den drei genannten Rechtsgebieten nicht voll zusammenfallen. Entgegen dieser Einschränkung spricht der BFH aber den von den Beteiligten ernsthaft geschaffenen und durchgeführten bürgerlich-rechtlichen Vereinbarungen eine grundlegende Bedeutung zu. Bei der steuerlichen Beurteilung müsse vor allem beachtet werden, wie die Beteiligten ihr Rechtsverhältnis gestaltet haben, sofern die Vereinbarungen ernsthaft seien, d.h. ihre Durchführung dem Vertrag entspreche. Der BFH geht somit von einem weitgehenden Maß an Übereinstimmung zwischen der zivilrechtlichen und der steuerrechtlichen Betrachtungsweise im Hinblick auf das abhängige Arbeitsverhältnis aus.
Nach der grundlegenden Entscheidung des BFH vom 11.5.1962[3] unterscheidet sich die steuerrechtliche Bewertung von der arbeitsrechtlichen Betrachtungsweise d a d u r c h , d a ß die Begriffe "Arbeitsvertrag" im Sinne des bürgerlichen Rechts und

1) BFH Slg. Bd.73, 777
2) BFH Slg.Bd.92, 99, 100
3) BFH Slg.Bd.75, 112, 119

"Arbeitsverhältnis" im Sinne des Steuerrechts sich nicht voll decken. Im großen und ganzen stimmten aber die Begriffe überein. Wenn auch der Begriff des Arbeitsverhältnisses steuerlich in einigen Punkten weiter gefaßt werde, so dürfe er deswegen doch nicht völlig vom bürgerlichen Recht gelöst werden.
Im Sinne einer einheitlichen Qualifikation der abhängigen Arbeit im Zivil- und Steuerrecht wird betont, daß die steuerrechtliche Beurteilung grundsätzlich an die von den Beteiligten ernsthaft geschaffenen und durchgeführten bürgerlich-rechtlichen Formen anzuknüpfen habe.[1] Eine ernsthafte bürgerlich-rechtliche Gestaltung durch die Beteiligten dürfe nicht beiseite geschoben werden, um statt dessen einen Sachverhalt zu fingieren, den die Beteiligten nicht geschaffen haben.[2]
In einer weiteren Entscheidung wird ausgeführt, die Bestimmungen des Einkommensteuerrechts, die die Besteuerung von Arbeitnehmern regeln, deckten sich nicht in allen Fällen mit den entsprechenden Bestimmungen des Sozial- und Arbeitsrechts. Dabei wird auf § 5 ArbGG verwiesen, wonach auch die arbeitnehmerähnlichen Personen der Arbeitsgerichtsbarkeit unterfallen.[3]
Die Erstreckung des Arbeitsgerichtsgesetzes auf arbeitnehmerähnliche Personen hat aber nicht zur Folge, daß dieser Personenkreis auch dem materiellen Arbeitsrecht unterfällt. Daher berührt auch die im § 5 ArbGG vorgenommene Erweiterung gegenüber dem Steuerrecht nicht die materiellrechtliche Übereinstimmung der Grundbegriffe des Arbeits-, Beschäftigungs- und Dienstverhältnisses.[4),5)]

1) BFH aaO, S.117

2) BFH aaO, S.119

3) BFH HFR 1964, 87

4) Die Übereinstimmung der Grundtatbestände wird auch in den Entscheidungen des FG Berlin, EFG 1968, 64 und des FG Rheinland-Pfalz, EFG 1968, 305, 306 behandelt. Das FG Berlin betont, daß in den meisten Fällen kein erheblicher Unterschied zu den Merkmalen besteht, die den Begriff des Arbeitnehmers im Arbeitsrecht kennzeichnen. Das FG Rheinland-Pfalz geht davon aus, daß die Begriffe "Arbeitnehmer" im Steuerrecht und "Beschäftigungsverhältnis" im Sozialversicherungsrecht im wesentlichen übereinstimmen.

5) Gegen eine Identität des Arbeitnehmerbegriffes im Arbeits-, Sozialversicherungs- und Steuerrechts kann auch nicht ins Feld geführt werden, daß Hausgewerbetreibende arbeitsrechtlich als arbeitnehmerähnliche Personen gelten, während sie

6. **Die Anerkennung der zivilrechtlichen Gestaltungsfreiheit im Steuerrecht durch die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes als Ausdruck der Identität des Arbeits-(Beschäftigungs-)verhältnisses und des Dienstverhältnisses**

Die neuere Rechtsprechung des BFH, die von dem Bestreben einer weitgehenden Annäherung des Steuerrechts an das bürgerliche Recht bestimmt wird und die die maßgeblichen Ordnungsfunktionen des Zivilrechts auch für das Steuerrecht anerkennt, hat zu einer weitgehenden Aufgabe der wirtschaftlichen Betrachtungsweise geführt, die bislang einer einheitlichen Bewertung im Zivil- und Steuerrecht entgegengestanden hatte.
War die Steuerrechtsprechung des PrOVG und des RG noch ganz der Tradition und der Begriffsbildung der Zivilrechtsjurisprudenz verhaftet gewesen, so hatte sich in der Rechtsprechung des RFH unter dem maßgeblichen Einfluß von Enno Becker in Gestalt der wirtschaftlichen Betrachtungsweise, die vom RFH, gestützt auf die §§ 4 und 5 RAO, entwickelt worden war, "ein Selbstverständnis der Antithese zur überkommenen Zivilrechtsjurisprudenz" entwickelt. "Die sogenannte wirtschaftliche Betrachtungsweise wurde als eine Eigentümlichkeit des Steuerrechts angesehen, und zur Eigentümlichkeit wurde sie in der Tat, als sie ein Mittel wurde, sich vom Gesetz zu lösen oder sich über das Gesetz hinwegzusetzen."[1)]
Die wirtschaftliche Betrachtungsweise in der vom RFH judizierten Form war, wie Paulick feststellt, oftmals nur eine fiskalische Betrachtungsweise, die eine übertriebene Eigenständigkeit

steuerrechtlich als Gewerbetreibende angesehen werden (so aber Berie-Hentrich, Kommentar zum Lohnsteuerrecht II, 1 b, S.40).
Die bloße wirtschaftliche Abhängigkeit, die zu einer teilweisen Unterstellung der arbeitnehmerähnlichen Personen unter das Arbeitsrecht geführt hat, verleiht ihnen noch nicht die Eigenschaft eines Arbeitnehmers im Sinne des Arbeitsrechts (Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 8 II Nr.5, S.27).

1) Flume, DB 1968, S.1365

des Steuerrechts innerhalb der Gesamtrechtsordnung zur Folge hatte.[1)]

Die Lehre von der Selbständigkeit der steuerlichen Begriffsbildung führte dazu, daß privatrechtlich zulässige und ernsthaft gewollte Rechtsgeschäfte vom RFH häufig nicht anerkannt wurden und unter Zugrundelegung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise und der Typisierungstheorie eine von den Parteien nicht gewollte Auslegung erfuhren.[2)]

Um die Rechtseinheit und Rechtssicherheit zu gewährleisten, hat der BFH das Steuerrecht durch eine Annäherung an das Zivilrecht aus seiner Isolierung befreit und einen grundsätzlichen Wandel in der steuerrechtlichen Betrachtungsweise herbeigeführt. Dementsprechend sind nach der Rechtsprechung des BFH die dem Privatrecht entlehnten Rechtsbegriffe (wie Miete, Pacht, Darlehen, Kauf, stille Gesellschaft, Dienst- und Gesellschaftsvertrag, gesetzliche Unterhaltspflicht) im Steuerrecht möglichst in dem gleichen Sinne zu verwenden wie in der gesamten übrigen Rechtsordnung.[3)]

In seiner Entscheidung vom 29.3.1962[4)] stellt der BFH hierzu

1) Paulick, DB 1968, S.1867

2) Paulick, DB 1968, S.1868; vgl. zur Rechtsprechung des RFH auch Wacke, zitiert bei Tipke, NJW 1967, S.1885, 1889, Fußn. 56: "Das Steuerrecht argumentierte und baute sich in freie Räume hinein, es stellte nicht selten den Richter über das Gesetz, es erfand Betrachtungsweisen - ob wirtschaftliche, typische oder gar soziale wie auch immer - Lehren, Durchgriffe durch das bürgerliche Recht, es ersann sogar einen allgemeinen Beurteilungsgrundsatz, den es in der gesamten übrigen Rechtswissenschaft nicht gibt, es löste Rechtsformen und Rechtsnormen auf, ließ andererseits Verwaltungserlasse zu Rechtsnormen gerinnen."

3) BFH v. 23.7.1957, BStBl.1957 III, S.306, (betr. Miete, Pacht); v.16.9.1958, BFH Slg.Bd.67,492,493(betr.GmbH & Co KG); v.19.8.1959, BFH Slg.Bd.69,[illegible](betr.Schenkung); v.24.2.1961, BStBl. 1961 III, S.188, 190 (betr.gesetzliche Unterhaltspflicht); v.23.8.1963, HFR 1964, 359; v.5.6.1964, BStBl.1965 III, S.49, 50 (betr.stille Gesellschaft); v.3.7.1964, BStBl.1964 III, S.511, 512 (betr. stille Gesellschaft); v.7.2.1968, BFH Slg.Bd.91, 373, 374 (betr. stille Gesellschaft); v.25.1.1971, BStBl.1971, II, S.274, 276 (betr. Pflegekind).

4) BFH, BStBl.1962 III, S.302

fest: "Wenn in Steuergesetzen Begriffe verwendet werden, die im bürgerlichen Recht einen bestimmten festen Inhalt haben, so sind sie im Steuerrecht nach dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung im Interesse der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit in demselben Sinne anzuwenden, sofern sie nicht erkennbar nach dem Willen des Gesetzgebers im Steuerrecht einen anderen Sinn haben sollen."
In gleicher Weise wurde die Maßgeblichkeit der bürgerlichrechtlichen Gestaltung eines Rechtsverhältnisses auch für die steuerrechtliche Beurteilung anerkannt. Nach der Rechtsprechung des BFH[1] hat die steuerrechtliche Beurteilung grundsätzlich an die von den Beteiligten ernsthaft geschaffenen und durchgeführten bürgerlich-rechtlichen Formen anzuknüpfen. "Die bürgerlich-rechtliche Gestaltungsfreiheit darf, wenn nicht eine steuerrechtliche Sondervorschrift eingreift, nicht dadurch beschränkt werden, daß für steuerliche Zwecke vor allem zur Erweiterung der Steuerpflicht bürgerlich-rechtlich wirksame Rechtsformen nicht beachtet oder umgedeutet werden. Die im Interesse der Rechtssicherheit - im Sinne der Vorausberechenbarkeit der Folgen von Rechtshandlungen - maßgebende Ordnungsfunktion des bürgerlichen Rechts für die gesamte Rechtsordnung einschließlich des Steuerrechts hat auch das BVerfG in seiner Entscheidung vom 24.1.1962 hervorgehoben."
In dem Leitsatz der angeführten Entscheidung hat das BVerfG[2] zum Verhältnis des Steuergesetzes zum bürgerlichen Recht ausgeführt: "Bestimmt ein Steuergesetz den Steuergegenstand grundsätzlich nach Rechtsformen des bürgerlichen Rechts, so ist eine Sonderregelung, die die benützte zivilrechtliche Ordnung und damit die vom Gesetz selbst statuierte Sachgesetzlichkeit durchbricht, nur dann im Sinne der Rechtsprechung des BVerfG zu Art.3 Abs.1 GG sachlich hinreichend gerechtfertigt, wenn sie von überzeugenden Gründen getragen wird."
Nach der Rechtsprechung des BVerfG und des BFH sind demgemäß die Ordnungsstrukturen des Zivilrechts auch im Steuerrecht zu beachten. Zivilrechtliche Begriffe sowie die bürgerlich-rechtliche Vertrags- und Gestaltungsfreiheit haben auch für das Steuerrecht Geltung.

1) BFH v.11.5.1962, BStBl.1962 III, S.310, 311 m.w.N.
2) BVerfG NJW 1962, S.435

Aus diesen Erwägungen heraus hat der BFH[1] zur Frage der Arbeitsverhältnisse zwischen Eltern und Kindern in der Landwirtschaft entschieden, daß zivilrechtlich wirksam vereinbarte und ernsthafte Arbeitsverträge zwischen Eltern und Kindern grundsätzlich auch steuerlich anzuerkennen sind.
Zur näheren Begründung führt der BFH aus, die bisherige verallgemeinernde Betrachtung der Verhältnisse (Typisierung) führe zu einer Einschränkung in der Berücksichtigung der Verhältnisse des Einzelfalles und vor allem auch in der rechtlichen Gestaltungsfreiheit des Steuerpflichtigen. Demgegenüber habe die neue Rechtsprechung in verschiedenem Zusammenhang den Grundsatz herausgestellt, daß das Steuerrecht nicht die bürgerlich-rechtlichen Verhältnisse zu gestalten habe, sondern daß es grundsätzlich an die bürgerlich-rechtlichen Formen anknüpfen müsse, die die Beteiligten frei gestalten könnten, solange kein Mißbrauch vorliege.
Aus den gleichen Erwägungen heraus hat der BFH[2] Gesellschaften bürgerlichen Rechts zwischen Eltern und Kindern auf dem Gebiet der Land- und Forstwirtschaft anerkannt.
Desgleichen wird ein Arbeitsverhältnis zwischen der im Haushalt ihrer berufstätigen Tochter als Hausgehilfin beschäftigten Mutter zu der Tochter anerkannt, wenn dieses ernsthaft gewollt und tatsächlich vollzogen ist, wenn die Beteiligten insbesondere auch in sozialversicherungsrechtlicher und steuerrechtlicher Hinsicht aus dem behaupteten Arbeitsverhältnis alle Folgerungen ziehen[3].
In gleicher Weise kann auch der Vater steuerlich als Arbeitnehmer im Unternehmen seiner Kinder tätig sein.[4]
Bei der Mitarbeit von Kindern im gewerblichen Betrieb der Eltern ging bereits die Rechtsprechung des RFH vom Vorliegen eines Dienstverhältnisses aus, sofern dieses ernsthaft gewollt und auch vollzogen war.[5].

1) BFH v.17.2.1955,BFH Slg.Bd. 60,262,264,265; zust. BFH v.6.12. 1955, BStBl.1956 II, S.17
2) BFH v.25.11.1952, BStBl.1953 III, S.13 = Slg.Bd.55, 449
3) BFH v.6.10.1961, NJW 1962, S.79
4) BFH, StRK EStG § 4 R 825
5) RFH, RStBl.1935, S.91

Nach der Rechtsprechung des BFH kann hier beim Fehlen ausdrücklicher Abmachungen bei erwachsenen Kindern nicht ohne weiteres Mitarbeit im Familienverbande angenommen werden. Wirksame Arbeitsverhältnisse könnten sich auch aus den Umständen ergeben.[1)]

Nach Ablehnung der Chef-Chefin Theorie durch das BVerfG[2)] hat der BFH seine ablehnende Haltung zum Bestehen eines Dienstverhältnisses unter Ehegatten aufgegeben.[3)] Voraussetzung für die Anerkennung derartiger Dienstverhältnisse sind klare und eindeutige Vereinbarungen und der entsprechende Vollzug dieser Vereinbarungen. Dazu gehört nicht nur, daß die vertraglichen Dienstleistungen erbracht werden. Die Ernstlichkeit des Arbeitsverhältnisses erfordert ebenso, daß der andere Ehegatte laufend die vereinbarte Vergütung leistet. Das BVerfG erachtet es für zulässig, an den Nachweis der Ernsthaftigkeit derartiger Verträge strengere Anforderungen zu stellen als bei sonstigen Verträgen.

Auch im gesellschaftlichen Bereich steht es den Beteiligten frei, ihre Beziehungen nach Belieben zu gestalten. So ist es dem Gesellschafter-Geschäftsführer freigestellt, ob und inwieweit er für seine Gesellschaft als Angestellter oder als Gesellschafter tätig sein will.[4)]

Die dem Steuerrecht zugrunde liegende Ordnungsfunktion des Zivilrechts in Gestalt der Privatautonomie der Parteien kommt auch darin zum Ausdruck, daß im Steuerrecht in Grenzfällen, in denen eine Tätigkeit bestimmter Art sowohl in selbständiger als auch in unselbständiger Tätigkeit geleistet werden kann, die Abgrenzung an Hand der Parteivereinbarung über die rechtliche Natur des vereinbarten Rechtsverhältnisses vorgenommen wird.[5)]

In der Entscheidung vom 3.10.1961[6)] führt der BFH in diesem Zusammenhang aus: "Bezeichnen die Beteiligten wie im vorliegenden Fall ihr Vertragsverhältnis als das eines selbständigen Handelsvertreters im Sinne des § 84 Abs.1 HGB und lehnt es das Versicherungsunternehmen ausdrücklich ab, den Generalagenten als

1) BFH StRK EStG § 19 Abs.1 Ziff. 1 R 393

2) BVerfG BStBl. 1962 I, S.506

3) BFH BStBl. 1962 III, S.217, 218, 219; 383; 1964 III, S.131; BFH StRK EStG § 4 R 829

4) BFH v.24.6.1958, BFH Slg. Bd. 67, 281,282

5) BFH Slg. Bd. 74,487, 489; Slg. Bd. 76, 634,636; BFH StRK GewStG § 2 Abs.1 R 172; BFH Slg.Bd. 92, 99, 100; BFH Slg.Bd.91,565; BFH HFR 1965, 373; BFH BStBl.1972 II, S.617; FG München EFG 1969, S. 79; so ebenfalls im Zivilrecht Brüggemann- Würdinger,Kommentar zum HGB, § 84 Anm. 9:" In Grenzfällen kann auch die von den

Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsrechts anzuerkennen, so kann zwar diese Bezeichnung als solche für die rechtliche Würdigung keine entscheidende Bedeutung haben, weil es nicht auf die von den Beteiligten gewählte Bezeichnung, sondern auf das ankommt, was tatsächlich ist. Die Bedeutung der Betonung im Vertrage, daß der Generalagent kein Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsrechts sei, geht aber insofern über den Wert einer bloßen vertraglichen Bezeichnung hinaus, als die Beteiligten damit übereinstimmend ihre Auffassung zum Ausdruck bringen, daß der Generalagent keine unselbständige Tätigkeit im Rahmen des Versicherungsunt-ernehmens in persönlicher Abhängigkeit ausübe. Denn das ist ja auch im Arbeitsrecht das entscheidende Merkmal des Arbeitsverhältnisses. Diese von den Beteiligten damit zum Ausdruck gebrachte Beurteilung ihres arbeitsrechtlichen Verhältnisses ist deshalb in Abgrenzungsfällen auch steuerlich von Bedeutung und spricht deshalb für die steuerliche Selbständigkeit des Generalagenten."

Die maßgebliche Bedeutung des Parteiwillens für die steuerrechtliche Beurteilung kommt auch darin zum Ausdruck, daß nach der Rechtsprechung des BFH[1)] bei der steuerlichen Beurteilung vor allem berücksichtigt werden soll, wie die Beteiligten ihr Rechtsverhältnis vertraglich gestaltet haben, sofern diese Vereinbarungen ernsthaft sind, d.h. ihre Durchführung dem Vertrage entspricht.

Nach den methodisch gleichen Gesichtspunkten wie die Rechtsprechung im Zivil- und Sozialversicherungsrecht geht der BFH auch vor, wenn er auf das Gesamtbild der zu bewertenden Tätigkeit abstellt und dabei dem Vertragsinhalt sowie der tatsächlichen

Parteien ausdrücklich vorgenommene Einordnung des Vertrages den Ausschlag geben."
Damit übereinstimmend führt Nikisch, Arbeitsrecht, 3.A., Bd.I, § 14 II 2, S.97 Fußn.22 aus: "Nur wenn auch bei einer Gesamtwürdigung aller Umstände noch Zweifel bleiben, kann der Parteiwille den Ausschlag geben."

6) BFH StRK GewStG § 2 Abs.1 R 148

1) BFH Slg.Bd.92, 99, 100; Niedersächs.FG, EFG 1969, S.599, 600

Durchführung entscheidendes Gewicht beilegt.[1)]
Die rechtserhebliche Relevanz der zivilrechtlichen Gestaltungsfreiheit für das Steuerrecht wird in weiteren Entscheidungen durch die Betonung der Maßgeblichkeit des wahren Willens der Parteien zum Ausdruck gebracht.[2)]
Dementsprechend soll es für die steuerrechtliche Beurteilung des zwischen den Vertragsparteien bestehenden Rechtsverhältnisses nicht entscheidend auf die von diesen gewählten Bezeichnungen ankommen, sondern auf ihren wirklichen Willen. "Maßgeblich ist also, ob die bürgerlich-(handels-)rechtliche Gestaltung das von den Vertragschließenden Gewollte und wirtschaftlich Angestrebte inhaltlich zutreffend wiedergibt und in der Durchführung der tatsächlichen Verhältnisse zum Ausdruck kommt."[3)]
In besonders eindeutiger Weise geht der BFH[4)] von den auch im Zivilrecht geltenden Grundsätzen aus, wenn er wiederholt betont, bei der Abgrenzung der selbständigen von der unselbstän-

1) BFH StRK EStG § 18 R 175; StRK GewStG § 2 Abs.1 R 187; BFH Slg.Bd.104, 169, 170

2) BFH Slg.Bd.90, 201, 205; Slg. Bd.90, 198, 199; BFH StRK EStG § 15 R 347; BFH DB 1965, S.819

3) BFH v.14.9.1967 zur Frage der Selbständigkeit der Bezirksstellenleiter der Niedersächsischen Toto und Lotto GmbH, BFH Slg.Bd.90, 201, 205. Im Ergebnis kann dieser Entscheidung jedoch nicht gefolgt werden. Der BFH sieht die Bezirksstellenleiter als selbständige Gewerbet-reibende an (zust.BFH v.19.9.1967, BFH Slg.Bd.90,192,197 unter Aufgabe der früheren Rechtsprechung BFH BStBl.1967 III, S.525; 525; BFH BStBl. 1968 II, S.244; so auch BGH BB 1972, S.938, 939).
Nach der Rechtsprechung des BSG (BSG SozR Nr.39 zu § 537 RVO a.F., BSG SozR RVO § 539 Nr.34; zust. LSG Rheinland-Pfalz, Breithaupt, 58. Jg., S.564) stehen die Bezirksstellenleiter demgegenüber in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis.
Im Ergebnis ist der Rechtsprechung des BSG zuzustimmen. Die Bezirksstellenleiter sind abhängige Arbeitnehmer, da sie infolge der detaillierten und weitreichenden Geschäftsanweisungen, Verfügungen, Anordnung und sonstigen Anweisungen der Lotto-Toto GmbH dieser wie Arbeitnemmer unterstellt sind und ihrer Verfügungsmacht unterfallen.
Vertragswortlaut und Wille der Vertragspartner, die hier nicht der Rechtswirklichkeit entsprechen, sind demgegenüber unbeachtlich; vgl. im übrigen auch o. S.157 Fußn.2.

4) BFH v.28.2.1958, StRK EStG § 19 Abs.1 Ziff.1 R 135

digen Arbeit spielten die vertraglichen Abmachungen die Hauptrolle, sofern sie der tatsächlichen Handhabung zwischen den Beteiligten entsprächen,[1] eine von den Parteien bürgerlich-rechtlich vereinbarte und durchgeführte Regelung ihrer beiderseitigen Beziehungen sei grundsätzlich auch für die steuerliche Beurteilung maßgebend.[2]

In diesem Sinne heißt es in weiteren Entscheidungen, bei der steuerlichen Beurteilung von Dienstverhältnissen sei den ernsthaften Vereinbarungen, die die Beteiligten getroffen und durchgeführt hätten, und der Auffassung, die sie von ihrer Rechtsstellung in dem Vertragsverhältnis hätten, eine besondere Bedeutung beizumessen.[3]

Die am Zivilrecht ausgerichtete Qualifikation der abhängigen Arbeit kommt schließlich auch darin zum Ausdruck, daß die wirtschaftliche Betrachtungsweise es nach Auffassung des BFH nicht gestattet, die gewählte bürgerlich-rechtliche Form beiseitezuschieben; der Besteuerung könne nicht eine andere rechtliche Gestaltung unterlegt werden, als die Vertragsparteien sie gewählt hätten.[4]

Im Sinne einer grundsätzlichen Anerkennung der bürgerlich-rechtlichen Gestaltungsfreiheit führt der BFH in weiteren Entscheidungen aus, der ausdrückliche Wille der Parteien gehe dahin, ein Angestelltenverhältnis zu schaffen, schon aus diesen Gründen sei der Schwerpunkt der Prüfung nicht auf das Außenverhältnis zu legen.[5]

1) BFH v.28.2.1958, StRK EStG § 19 Abs.1 Ziff.1 R 135

2) BFH v.9.10.1965, StRK GewStG § 2 Abs.1 R 242; BFH v.11.6.1968, BFH Slg. Bd. 93, 135, 136

3) BFH v.2.10.1968, BFH Slg.Bd.94,17,20; ähnlich BFH v.5.2.1965, StRK EStG § 19 Abs.1 Ziff.1 R 404; BFH v.10.1.1957, StRK GewStG § 2 Abs.1 R 92. So auch Hartz-Over, ABC-Führer Lohnst-euer, Stichwort "Arbeitnehmer" 2 b: "Wollen die Beteiligten eindeutig kein Arbeitsverhältnis begründen, sondern ein freies selbständiges Mitarbeiterverhältnis, so ist die steuerliche Beurteilung daran gebunden."

4) BFH v.29.11.1966, BStBl.1967 III, S.392, 395

5) BFH v.31.1.1963, BFH Slg.Bd.67,634, 636. Es muß jedoch auf Bedenken stoßen, wenn dem Parteiwillen die allein ausschlaggebende Bedeutung bei der Abgrenzung der abhängigen Arbeit von der selbständigen Tätigkeit eingeräumt wird. Die von den Beteiligten für eine bestimmte Tätigkeit gewählte vertragliche Regelung ist nicht schlechthin maßgebend. Vielmehr kommt es

In gleicher Weise stellt der BFH auf den Parteiwillen ab, wenn er ausführt, entscheidend sei, daß die Beteiligten auf dem Standpunkt ständen, daß zwischen ihnen ein Arbeitsverhältnis bestehe. Dem Willen und dem freien Gestaltungsrecht der Partner sei hier Raum zu geben. Zumal hier die tatsächliche Handhabung des Vertrages auf ein Arbeitsverhältnis hindeute, könne nicht daran vorbeigegangen werden.[1)]

Dementsprechend steht auch ein Gerichtsreferendar, der neben seiner Ausbildung für einen Rechtsanwalt von Fall zu Fall tätig wird, nicht in einem Arbeitsverhältnis zu dem Anwalt, sofern dies dem Vertragswillen der Beteiligten entspricht.[2)]

Die rechtserhebliche Relevanz der Parteivereinbarungen für das Steuerrecht findet ihren Ausdruck schließlich auch darin, daß der die persönliche Abhängigkeit begründende Eingliederungsvorgang nach der Rechtsprechung des BFH dem Innenverhältnis der Beteiligten zu entnehmen ist. Die Eingliederung muß sich aus dem Innenverhältnis ergeben, für das die Vereinbarungen der Vertragschließenden maßgebend sind.[3)]

Nach der Rechtsprechung des BFH hat das Steuerrecht somit grundsätzlich an die von dem Steuerpflichtigen ernsthaft gewollte und vollzogene bürgerlich-rechtliche Gestaltung anzuknüpfen.[4)]

unter Abwägung aller Umstände auf das Gesamtbild der Verhältnisse an, wobei insbesondere der betriebliche und organisatorische Gesamtrahmen, in den sich die Tätigkeit abspielt, zu berücksichtigen ist; vgl. BSGE 11, 257, 260, 262 unter Verweisung auf die von Nikisch vertretene Eingliederungstheorie; a.A. Sieg, SGb 1968, S.511, 513.

1) BFH v.24.11.1961, StRK EStG § 19 Abs.1 Ziff.1 R 230

2) BFH Slg.Bd.92, 99, 100

3) BFH Slg.Bd.90, 193, 196; Slg.Bd.90, 201, 205

4) Die Bindung des Steuerrechts an zivilrechtliche Gestaltungen findet sich naturgemäß auch in weiteren Rechtsbereichen des Steuerrechts wieder: so in der Rechtsprechung des BFH zur Frage des verdeckten Stammkapitals, vgl. BFH v.20.3.1956, BFH Slg. Bd.62, 482, 485; v.13.1.1959, BStBl.1959 III, S.197, 198; v. 18.3.1966, BStBl.1966 III, S.197, desgleichen hat die Rechtsprechung des BFH insbesondere auf dem Gebiet der gesellschafts- und familienrechtlichen Beziehungen die Gestaltungsfreiheit anerkannt, vgl. BFH v.22.8.1951, BFH Slg.Bd.55,449; v.29. 11.1960, BFH Slg. Bd.72,500, 503; v.1.12.1967, BStBl.1968 II, S. 145, 146; v.22.6.1967, BStBl.1967 III, S.630; v.17.7.1959, BStBl.1959 III, S.345, 346; v.1.4.1969, BStBl.1969 II, S.495, 496; v.1.4.1969, BStBl.1969 II, S.561, 562.

Den Beteiligten bleibt es überlassen, ob sie das Verhältnis des einen zum anderen als das eines Arbeitnehmers oder eines freien Mitarbeiters durch Vereinbarung gestalten wollen. Wie im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht kommt es auch für die steuerliche Beurteilung eines derartigen Verhältnisses nicht auf die von den Beteiligten gewählte Bezeichnung, sondern allein darauf an, als was das Verhältnis sich nach seiner tatsächlichen Durchführung darstellt.[1)]

7. Zur Kritik der wirtschaftlichen Betrachtungsweise

Ausschlaggebend für die Anerkennung bürgerlich-rechtlicher Institutionen und Begriffe sowie für die Maßgeblichkeit der bürgerlich-rechtlichen Gestaltung bei der steuerlichen Beurteilung waren das Streben nach erhöhter Rechtssicherheit, um dem Steuerpflichtigen die Möglichkeit zu geben, seine Entschlüsse auf zuverlässigen Grundlagen aufzubauen, sowie der übergeordnete Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung.[2)]

Die Bindung des Steuerrechts an die zivilrechtliche Gestaltungsfreiheit hat schließlich zur Anerkennung der Ein-Mann-GmbH, BFH v.5.5.1959, BStBl.1959 III, S.369, und der GmbH & Co KG, BFH v.16.9.1958, BStBl.1958 III, S.462 geführt.
Gegen den Grundsatz der Gestaltungsfreiheit würde die generelle Nichtanerkennung von Rückstellungen für Pensionszusagen an mitarbeitende Ehegatten verstoßen. Derartige Rückstellungen sind daher im Rahmen ernsthaft abgeschlossener Arbeitsverträge anzuerkennen; vgl. BVerfG Beschluß vom 22.7.1970, BStBl.1970 II, S.652. Schließlich geht die Rechtsprechung des BFH auch davon aus, daß der Kaufmann und Großhändler in der Gestaltung seiner bürgerlich-rechtlichen Beziehungen auch steuerlich frei ist, daß er insbesondere die ihm günstig erscheinende Gesellschaftsform (körperschaftsteuerpflichtige oder nicht körperschaftsteuerpflichtige Personenvereinigung) wählen kann, vgl. BFH v. 4.11.1958, BStBl.1959 III, S.50; v. 13.1.1959, BStBl.1959 III, S.197; v.17.10.1958, BStBl.1958 III, S.475, 476.

1) BFH Slg.Bd.93, 135, 136

2) BFH v.4.11.1958, BStBl.1959 III, S.50, 51; v. 13.1.1959, BStBl.1959 III, S.197, 198; v.29.3.1962, BStBl.1962 III, S.304, 305; v.29.3.1962, BStBl.1962 III, S.310, 311; BVerfG v.24.1.1962, NJW 1962, S.435, 436; zust. Paulick, StRK GewStG § 2 Abs.1 R 268 Anmerkung; ders., DB 1968, S.1867, 1869, 1870; Fenn, Die Mitarbeit Familienangehöriger, S.99

Bedingen diese Faktoren die Identität der Grundtatbestände des Arbeits-, Beschäftigungs- und Dienstverhältnisses, so kann gegenteiligen Stimmen im Schrifttum sowie der vorwiegend älteren und ehedem herrschenden Meinung in der Rechtsprechung des BFH[1], die von der Eigenständigkeit der steuerlichen Bewertung ausgehen, nicht beigetreten werden.
Diese Eigenständigkeit des Steuerrechts soll insbesondere - wie dargestellt - eine Folge der wirtschaftlichen Betrachtungsweise sein, die es verbieten soll, Vorgänge ohne Prüfung des sachlichen Inhalts der Abmachungen allein nach der bürgerlich-rechtlichen Form zu beurteilen.
Ihre Verankerung hat die wirtschaftliche Betrachtungsweise für das Steuerrecht im § 1 Abs.2 und 3 StAnpG gefunden.
§ 1 Abs.2 StAnpG bestimmt, daß bei der Auslegung der Steuergesetze u.a. die wirtschaftliche Bedeutung der Gesetze zu berücksichtigen ist. Ein gleiches soll nach § 1 Abs.3 StAnpG für die Beurteilung von Tatbeständen gelten.
Vorläufer des § 1 Abs.2 StAnpG war § 4 AO 1919, der bestimmte, daß bei der Auslegung der Steuergesetze deren wirtschaftliche Bedeutung zu berücksichtigen ist.[2]
Eine wissenschaftlich-exakte Begriffsbestimmung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise ist der Lehre bislang noch nicht gelungen. Selbst in neueren Lehrbüchern wird sie als ein "Phänomen" bezeichnet, als eine Formulierung, an der viel herumgerätselt worden und die alles andere als klar ist.[3]
Auf die hiermit verbundenen Gefahren für die Gesetzesauslegung hat bereits das BVerfG[4] in seinem Beschluß vom 24.1.1962 hingewiesen. Dort betont das BVerfG, die durch § 1 Abs.2 StAnpG geforderte Berücksichtigung wirtschaftlicher Gesichtspunkte bei der Auslegung von Steuergesetzen dürfe nicht dazu verleiten, die rechtliche Methode durch außerrechtliche Gesichtspunkte und Begriffe aufzulösen.
Der substantielle Gehalt des § 1 Abs.2 StAnpG läßt sich in

1) Lenski-Brockhoff, § 19 EStG, Anm.5 sowie die o. S.188 ff. zitierte Rechtsprechung des BFH
2) Kruse, Steuerrecht, § 9 I, S.63
3) Kruse, Steuerrecht, § 9 I, S.64
4) BVerfGE 13, 318, 329

seiner allgemeinen Tendenz der Absicht des Gesetzgebers entnehmen, die dieser mit der Kodifizierung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise verfolgte.
Mit der Einführung des § 1 Abs.2 StAnpG wollte der Gesetzgeber das Steuerrecht vor einer formalen Begriffsjurisprudenz bewahren.[1)]
In der Literatur wird die Auffassung vertreten, § 4 AO und entsprechend § 1 Abs.2 StAnpG seien der gesetzgeberische Niederschlag der Rechtsprechung des RG zur Auslegung von Rechtsgeschäften mit vermögensrechtlichem Inhalt.[2)]
Das RG hat in der Tat ausgesprochen, daß im Zivilrecht "in erster Linie die wirtschaftlichen Interessen berücksichtigt werden müssen" und daß "das Recht ihnen, soweit es nur irgend möglich, elastisch angepaßt werden muß"; nur so könne"die Rechtsprechung ihrer wahren Aufgabe, dem praktischen Leben zu dienen, gerecht werden."[3)]
Speziell für den Bereich des Steuerrechtes hat das RG in seiner Entscheidung vom 5.1.1914[4)] erkannt, daß "man auf den aus dem Gesetz ersichtlichen oder sonst als unzweifelhaft feststehenden Zweck des Gesetzes und nicht bloß auf die von den Parteien willkürlich gewählte äußere rechtsgeschäftliche Form abheben müsse."

Die vom RG entwickelten Richtlinien für die Auslegung gelten weiterhin; sie stehen einer auf der wirtshaftlichen Betrachtungsweise nach § 1 Abs.2 StAnpG beruhenden Eigenart des Steuerrechts entgegen.
"Wenn auch das Steuerrecht als Teil des Wirtschaftsrechts im weitesten Sinn in besonderem Maße die Berücksichtigung wirtschaftlichen Denkens verlangt, so ist doch die Rücksicht auf die wirtschaftlichen Folgen bei der Auslegung der Gesetze wiederum keine Besonderheit des Steuerrechts. Die Vernunft gebietet jedem Richter, die wirtschaftliche Bedeutung einer in Erwägung gezogenen Auslegung des Gesetzes mit in Betracht zu ziehen."[5)]

Das Postulat einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise bei der

1) Fenn, Die Mitarbeit Familienangehöriger, S.107
2) Hopfenmüller, Gedenkschrift für Armin Spitaler, S.119, 126
3) RGZ Bd.102, 272, 274
4) RGZ Bd.84, 17
5) Hartz, Die Auslegung von Steuergesetzen, S.34

Auslegung von Gesetzen stellt somit keine Eigenart des Steuerrechts dar. Die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Auswirkungen bei der Auslegung von Gesetzen ist vielmehr ein allgemein gültiger, über das Steuerrecht hinausgreifender Grundsatz.

Die Bestimmung des § 1 Abs.3 StAnpG beruht gleichfalls nicht auf spezifischen Beson-derheiten des Steuerrechts.
In der Wissenschaft wird diese Bestimmung sogar als überflüssig und in sich unklar abgelehnt. Ihre Einfügung in das Gesetz bedeute keine Bereicherung.[1)]
§ 1 Abs.3 StAnpG gebietet, daß bei der Beurteilung von Sachverhalten wirtschaftliche Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind.

Die Bedeutung dieser Norm soll darin liegen, daß im Steuerrecht der wahre Sachverhalt zu erforschen ist und daß ein Geschehen nicht formal gewertet werden dürfe.[2)]
Wenn für die steuerrechtliche Würdigung eines Sachverhaltes demnach nicht das äußere Erscheinungsbild und die von den Parteien gewählte Bezeichnung maßgebend ist, sondern allein relevant ist, ob die bürgerlich-rechtliche Bezeichnung das von den Parteien Gewollte und wirtschaftlich Angestrebte zut-reffend wiedergibt, so unterscheidet sich die steuerrechtliche Bewertung in keiner Weise von der zivilrechtlichen Betrachtungsweise. Dort wie hier darf die Auslegung nicht bei dem einfachen Wortsinn stehenbleiben, entscheidend ist vielmehr der wirkliche Gehalt der Parteiabreden.
Die Kongruenz des Zivil- und Steuerrechts bei der Auslegung der Gesetze sowie bei der Beurteilung von Sachverhalten wird auch von Paulick, einem namhaften Steuerrechtswissenschaftler, anerkannt: "Wenn nach § 1 Abs.2 StAnpG ... auch die wirtschaftliche Bedeutung zu berücksichtigen ist, so besagt das, daß nicht allein nach dem äußeren Erscheinungsbild geurteilt werden darf, sondern daß auch der dem Sachverhalt eigene wirtschaftlich bedeutsame Gehalt zu würdigen ist. Es ist - mit anderen Worten - der wahre Sachverhalt zu erfassen. Das Steuerrecht tut damit nichts anderes als auch das bürgerliche Recht. Nach § 133 BGB ist bei der Auslegung einer Willenserklärung der wirkliche Wille

1) Hartz, Die Auslegung von Steuergesetzen, S.52
2) Hartz, Die Auslegung von Steuergesetzen, S.12, 13; Blencke, Gestaltungsfreiheit im Steuerrecht und ihre Grenzen, S.[illegible]

zu erforschen und nicht am buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften. In dieser Vorschrift ist zwar nicht ausdrücklich gesagt, daß die wirtschaftliche Bedeutung des Tatbestandes zu berücksichtigen sei. Das liegt aber im Rahmen der Vorschrift. Wenn für eine Willenserklärung ein wirtschaftlicher Inhalt in Betracht kommt, wird sich der Wille des Erklärenden stets auch auf diesen wirtschaftlichen Inhalt erstrecken. Die Erforschung des wirklichen Willens muß dann auch die Feststellung des wirtschaftlichen Inhalts der Willenserklärung umfassen."[1)]
Schließlich hat sich der BFH selbst gegen eine den zivilrechtlichen Ausgangstatbestand außer acht lassende Anwendung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise ausgesprochen. In seiner Entscheidung vom 29.11 1966[2)] führt er aus, die wirtschaftliche Betrachtung (§ 1 StAnpG) gebiete es, den wirtschaftlichen Inhalt der Verträge zu erfassen; sie gestatte aber nicht, die gewählte bürgerlich-rechtliche Form beiseitezuschieben.
Mit der neueren Rechtsprechung des BFH ist daher davon auszugehen, daß die steuerliche Bewertung auf dem zivilistischen Verständnis der Ausgangstatbestände aufzubauen hat.[3)]
Wenn der BFH auch in ständiger Rechtsprechung betont, daß die Grundtatbestände des Arbeits-, Beschäftigungs- und Dienstverhältnisses nicht gänzlich bzw. nur im wesentlichen übereinstimmen, so geschieht dies offensichtlich aus dem Bestreben heraus, voreilige Rückschlüsse aus der arbeits- oder sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung auf die steuerrechtliche Bewertung zu verhindern. Die unterschiedlichen Ausnahmeregelungen, die im Arbeits-, Sozialversicherungs- und Lohnsteuerrecht bestehen, werden vom BFH herausgestellt, damit die Finanzbehörden und -gerichte nicht die höchstrichterliche Rechtsprechung im

1) Paulick, DB 1968, S.1867, 1869; zust. Hartz, Die Auslegung von Steuergesetzen, S.13, 34; Blencke, Gestaltungsfreiheit im Steuerrecht und ihre Grenzen, S.71; Fenn, Die Mitarbeit Familienangehöriger, S.108, 109, 110

2) BFH BStBl. 1967 III, S.392, 395

3) Für eine möglichst weitgehende Übereinstimmung zwischen der bürgerlich-rechtlichen, arbeitsrechtlichen und steuerlichen Betrachtungsweise treten Herrmann-Heuer,Kommentar zum EStG, Bd.IV, § 19,Anm.9 und Hartz-Meeßen,ABC-Führer Lohnsteuer,Stichwort "Arbeitnehmer",Nr.1,2a ein;für eine Identität der Grundtatbestände des Arbeits-,Beschäftigungs- und Dienstverhältnisses BSGE 3, 30, 40, 41; Bogs, DVBl.1964,S.1, 6, 7;Hanow-Lehmann-Bogs,Kommentar zum 4.Buch der RVO von v.Altrock,§1227 RVO II 1 Rdn.6, S.9;Fenn,Die Mitarbeit Familienangehöriger,S.89ff, 97 ff.

Arbeits- und Sozialversicherungsrecht ohne Rücksicht auf die unterschiedliche Rechtslage im Einzelfall übernehmen.
Es kann aber nicht angenommen werden, daß der BFH entgegen der Rechtsprechung des BSG in Verkennung der tragenden Gemeinsamkeiten die grundsätzliche Identität der Grundtatbestände des Arbeits-, Beschäftigungs- und Dienstverhältnisses derzeit noch anzweifeln wollte. Hiergegen spricht insbesondere die unbeschränkte Anerkennung der rechtserheblichen Relevanz der zivilrechtlichen Gestaltungsfreiheit auch im Steuerrecht durch die Rechtsprechung des BFH.

8. Die Kongruenz der zivil-, sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Betrachtungsweise, dargestellt an Hand ausgewählter der Rechtsprechung entnommener Fallgruppen

Besondere Schwierigkeiten bereitet seit je die Abgrenzung des Selbständigen Handelsvertreters von dem unselbständigen Handlungsgehilfen, da hier häufig Tätigkeitsmerkmale, die für die Selbständigkeit bzw. Unselbständigkeit sprechen, in einer Person zusammentreffen.
Nach der Legaldefinition des § 84 Abs.1 HGB ist Handelsvertreter, wer als selbständiger Gewerbetreibender ständig damit betraut ist, für einen anderen Unternehmer Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen. Dabei ist selbständig nach § 84 Abs.1 Satz 2 HGB, wer im wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Wer, ohne selbständig zu sein, ständig damit betraut ist, für einen Unternehmer Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen, gilt als Angestellter (§ 84 Abs.2 HGB).
Die gesetzliche Umschreibung der "Selbständigkeit" in § 84 Abs.1 S.2 HGB stellt nur eine generelle Richtschnur für die Abgrenzung dar. Sie ist nur eines von einer ganzen Reihe von Abgrenzungsmerkmalen.
Die Rechtsprechung der Arbeits-, Sozial- und Finanzgerichte hat für die Abgrenzung das Gesamtbild der vertraglichen und tatsächlichen Verhältnisse als maßgebend angesehen. Zur Abgrenzung des Handelsvertreters von dem Handlungsgehilfen hat sie übereinstimmend dieselben Anhaltspunkte einschließlich der gesetzlichen Umschreibung des § 84 Abs.1 Satz 2 HGB herangezogen.

Die Rechtsprechung geht somit in allen drei Rechtsgebieten von einer einheitlichen Abgrenzungsmethode aus, wob-ei sie die Überbetonung einzelner Merkmale vermeidet. Da nach der Rechtsprechung der Arbeits-, Sozial- und Finanzgerichte die Abgrenzung nur dem Gesamtbild entnommen werden kann, hat sie es auch abgelehnt, eine einheitliche Arbeitsleistung in eine unselbständige und eine selbständige Tätigkeit aufzuspalten.[1)]
In Übereinstimmung zu den aufgezeigten Grundsätzen hat das BAG[2)] ausgesprochen, bei der Entscheidung, ob ein Versicherungsvermittler selbständiger Versicherungsvertreter oder Angestellter sei, seien alle Umstände des Falles in Betracht zu ziehen und in ihrer Gesamtheit zu würdigen; dabei komme der tatsächlichen Ausgestaltung und Durchführung des Vertragsverhältnisses wesentliche Bedeutung zu.
In ähnlichem Sinne hat das BSG[3)] ausgeführt, entscheidend für die Abgrenzung sei die Gesamtheit aller für das Verhältnis zwischen Unternehmer und "Vertreter" maßgebenden Umstände und Vereinbarungen.
Auch nach der Rechtsprechung des BFH muß die Abgrenzung im Einzelfall nach dem Gesamtbild der vertraglichen und tatsächlichen Verhältnisse vorgenommen werden.[4)]
Der vertraglichen Gestaltung räumt das BAG eine besondere Bedeutung ein. Dabei komme allerdings der Benennung des Vermittlers, der Bezeichnung des Vertragsverhältnisses und dem reinen Wortlaut des Vertrages keine entscheidende Bedeutung zu, weil der wirkliche Gehalt der Tätigkeit maßgebend und deshalb in der Regel vor allem auf die tatsächliche Ausgestaltung und Durchführung des Vertrages abzustellen sei.[5)]

1) vgl. hierzu BSG SozR RVO Nr.51 zu § 165, BFH StRK GewStG § 2 Abs.1 R 148

2) BAGE 18, 87

3) BSGE 13, 130, 132; vgl. in diesem Sinne auch BSG SozR RVO § 539 Nr.34

4) BFH Slg.Bd.56, 200, 201; StRK EStG § 19 Abs.1 Ziff.1 R 135; GewStG § 2 Abs.1 R 187; FG Freiburg EFG 1956, 147

5) so auch BGH BB 1972, S.938, 939: "Maßgebend für die rechtliche Einordnung ist nicht die von den Parteien im Vertrag gewählte Bezeichnung, sondern die wirkliche Tätigkeit." Ähnlich auch BGHZ 43, 108, 112: "Wenn die vertragliche Bezeichnung auch allein nicht entscheidend ist, so darf dieser Umstand

Wenn aber die Beziehung der Parteien in allen wesentlichen Punkten entsprechend den Vertragsbestimmungen gehandhabt worden sei, dann müsse schon dem Vertrag als solchem eine wesentliche Bedeutung zugesprochen werden.[1)]

Umstritten ist allerdings im Arbeitsrecht, welche Bedeutung dem Parteiwillen bei der Abgrenzung des Handelsvertreters von dem Handlungsgehilfen zukommt. Nach der Rechtsprechung des BAG müssen die für die Unselbständigkeit sprechenden Merkmale erheblich ins Gewicht fallen, wenn entgegen dem unmißverständlich geäußerten Vertragswillen ein Arbeitsverhältnis angenommen werden soll.[2)]

Demgegenüber kann nach Auffassung von Nikisch der Parteiwille bei der rechtlichen Beurteilung der Rechtsbeziehungen nur dann den Ausschlag geben, wenn auch bei einer Gesamtwürdigung aller Umstände noch Zweifel bestehen bleiben.[3)] Entscheidend für die rechtliche Beurteilung ist nach Auffassung von Nikisch nicht die von den Parteien gewählte Bezeichnung,überhaupt nicht die erklärte Absicht, sondern die wirkliche Gestaltung der Verhältnisse. Es komme daher darauf an, ob der "Vertreter", soweit das mit seiner Tätigkeit vereinbar sei,sich in die Ordnung des Betriebes einfügen müsse und ob er bezüglich Arbeitszeit und Arbeitsrhythmus weisungsgebunden sei.[4)]

Das BSG hat sich der Auffassung von Nikisch grundsätzlich angeschlossen.[5)] Demgemäß gehört der betriebliche und organisatorische Gesamtrahmen zu den Verhältnissen, die bei der Abgrenzung vornehmlich zu berücksichtigen sind, so daß die von den Parteien gewollte rechtliche Gestaltung nicht schlechtnin maßgebend ist.

Dieser auf der Eingliederung als maßgeblichem Kriterium für

doch unterstützend mit herangezogen werden;auch der BFH (Slg. Bd.105, 380) berücksichtigt die formale Bezeichnung, die die Beteiligten dem von ihnen begründeten Vertragsverhältnis geben, bei der Gesamtwürdigung.

1) BAGE 18, 87, 91

2) BAGE 18, 87 ,93

3) Nikisch, Arbeitsrecht, Bd.I, 3.A.,S.97, Fußn.22

4) Nikisch, Arbeitsrecht, Bd.I, 3.A.,S.97

5) vgl. BSGE 11,257 zur Versicherungspflicht der Filialleiterin eines Eheanbahnungsinstitutes; BSGE 19, 265, 267 zur Versicherungspflicht der Ehefrau des persönlich haftenden Gesellschafters einer KG; BSG SozEntsch.Nr.119 zu § 165 RVO zur Versicherungspflicht des Gesellschafters-Geschäftsführers einer GmbH

ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis abstellenden Auffassung ist zuzustimmen.

Da aber sowohl bei dem angestellten Handlungsgehilfen wie auch bei dem selbständigen Handelsvertreter die Zugehörigkeit zum Betrieb äußerlich wenig hervortritt und beide in der Regel bezüglich der Einteilung der Arbeit und der Arbeitszeit im wesentlichen freigestellt sind, mißt auch das BSG dem Vertragsinhalt eine erhebliche Bedeutung zu, wie daran ersichtlich wird, daß es an Hand der tatsächlich verwirklichten Vertragsbestimmungen im konkreten Einzelfall die Abgrenzung des Handelsvertreters von dem Handlungsgehilfen vornimmt.[1)]

Demgegenüber fällt nach der Rechtsprechung des BSG die Bezeichnung der Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses im Vertrage (z.B. "selbständiger Vertreter") nicht entscheidend ins Gewicht. Wie das BAG erkennt das BSG den in den Verträgen und nach außen hin gebrauchten Bezeichnungen nur eine untergeordnete Bedeutung zu, weil in der Umgangs- und Verkehrssprache ohnehin häufig rechtlich falsche oder ungenaue Bezeichnungen gewählt werden.[2)]

Nach der Rechtsprechung des BFH spielen die vertraglichen Abmachungen, sofern sie der tatsächlichen Handhabung zwischen den Beteiligten entsprechen, und die Einordnung in einen fremden Betrieb eine wesentliche Rolle.[3)] Dabei wird - wie in der Rechtsprechung des BAG und BSG - die von den Parteien für den "Vertreter" gewählte Bezeichnung nicht als ausschlaggebend angesehen, da die Auffassung, die der Verkehr mit diesen Bezeichnungen verbindet, nicht einheitlich ist.[4)]

Die Abgrenzung des Handelsvertreters von dem Handlungsgehilfen erfolgt somit im Arbeits-, Sozialversicherungs- und Steuerrecht nach den gleichen methodischen Gesichtspunkten. Dem Vertragsinhalt kommt bei der Abgrenzung ein erhebliches Gewicht zu, sofern dieser entsprechend seinen Bestimmungen von den Parteien tatsächlich verwirklicht worden ist.

1) vgl. BSGE 13, 130, 132; BSG SozR RVO Nr.51 zu § 165; vgl. auch BSG SozR RVO § 539 Nr.34: "Dem Parteiwillen kommt - ebenso wie im Zivilrecht - dann Bedeutung zu, wenn die vertragsmäßige Qualifikation nicht den tatsächlichen Verhältnissen zuwiderläuft."

2) BSGE 13, 130, 132

3) BFH StRK EStG § 19 Abs.1 Ziff. 1 R 135; BFH StRK EStG § 19 Abs.1 Ziff.1 R 230

4) BFH StRK EStG § 19 Abs.1 Ziff.1 R 135

In allen drei Rechtsgebieten werden die gleichen indiziellen Merkmale für die Abgrenzung des Handelsvertreters von dem Handlungsgehilfen herangezogen.
Anknüpfungspunkte für die Selbständigkeit des Handelsvertreters sind nach der Rechtsprechung des BAG[1] die Weisungsfreiheit, die Freiheit im Einsatz der Arbeitskraft, das eigene Unternehmen und das eigene Unternehmerrisiko, wobei es genügt, wenn diese Voraussetzungen im wesentlichen erfüllt sind.
Die Weisungsfreiheit soll sich insbesondere darin äußern, daß der Unternehmer weder in zeitlicher noch örtlicher Hinsicht Einfluß auf die Arbeitsleistung des Dienstpflichtigen nimmt und daß dieser den Unternehmer weder im Krankheitsfall zu unterrichten hat noch im Falle des Urlaubs auf seine Zustimmung angewiesen ist und darüber hinaus die laufende Tätigkeit nicht in regelmäßigen Berichten festzuhalten hat.[2]
Für die Selbständigkeit eines Vertreters spricht nach der Rechtsprechung des BAG ferner die Beschäftigung eigener Mitarbeiter sowie die Unterhaltung eines eigenen Büros.[3] Die Gewährung einer erfolgsabhängigen Vergütung in Gestalt von Abschluß- und Inkassoprovisionen sowie Leistungszuschüssen und die Übernahme der Büro- und sonstigen Geschäftsunkosten können ein eigenes Unternehmerrisiko darstellen und damit Ausfluß der Selbständigkeit des Dienstpflichtigen sein.[4]
Ein Konkurrenzverbot steht der Selbständigkeit des Handelsvertreters nach Ansicht des BAG nicht entgegen, da dieser gemäß § 86 Abs.1 HGB die Interessen des Unternehmers wahrzunehmen habe und deshalb sogar ohne ausdrückliches Wettbewerbsverbot nicht in einer Weise tätig werden dürfe, die sich zum Schaden des Unternehmers auswirken könne. Auch die in dem Verbot der

1) BAGE 18,87; zust. BSG SozR RVO Nr.51 zu § 165

2) BAGE 18,87, 93, 94, 98; so ebenfalls BSG SozR RVO Nr.34 zu § 539 im Hinblick auf das Zustimmungserfordernis im Falle des Urlaubs.

3) BAGE 18,87, 101

4) BAGE 18,87, 101, 102, 103. Allerdings kann auch ein Arbeitnehmer auf Provisionsbasis angestellt sein, vgl. BFH StRK EStG § 2 Abs.2 Ziff.1 R 148; BSGE 13, 130, 133; BSGE 11, 257. Eine derartige Gestaltung der Entlohnung bietet somit keinen zwingenden Grund für die Annahme persönlicher Unabhängigkeit. Ihr kommt daher nur eine abgestufte Bedeutung im Rahmen des Gesamtbildes zu.

Nebentätigkeit zum Ausdruck kommende völlige Inanspruchnahme der Arbeitskraft des Dienstpflichtigen sei mit der Stellung des selbständigen Handelsvertreters vereinbar, wie § 92a Abs.1 HGB zeige.[1)]

Auch ein in angemessenen Zeitabständen gehandhabtes Revisionsrecht unter gegenständlicher Beschränkung auf das Geschäftsinteresse des Unternehmers steht der Selbständigkeit des Handelsvertreters nach der Rechtsprechung des BAG nicht entgegen.[2)]

In Übereinstimmung mit dem BAG, das in der Weisungsfreiheit und der Freiheit im Einsatz der Arbeitskraft wesentliche Anhaltspunkte für die persönliche Unabhängigkeit sieht, stellt auch das BSG bei der Abgrenzung des Angestellten von dem selbständigen Handelsvertreter darauf ab, ob eine strikte Weisungsgebundenheit des Dienstleistenden gegeben ist, ob eine ständige Überwachung und Beaufsichtigung besteht und ob der Unternehmer jederzeit auf Grund seines Weisungsrechtes in die Tätigkeit des Dienstleistenden eingreifen kann.[3)]

1) BAGE 18, 87, 98; so auch BFH StRK EStG § 19 Abs.1 Ziff.1 R 135. Das BAG räumt hier der an sich für die Abhängigkeit sprechenden völligen Inanspruchnahme der Arbeitskraft eine qualitativ geringere Rolle als anderen Merkmalen ein. In anderen Fällen kann eine derartige Inanspruchnahme aber im Rahmen des Gesamtbildes der Tätigkeit durchaus entscheidend für die Abhängigkeit sprechen, vgl. BSGE 13, 130, 132.

2) BAGE 18, 87, 97. Geht das Revisionsrecht in seinem Umfange jedoch über den Rahmen der Auskunfts- und Rechenschaftspflicht hinaus, die ein Handelsvertreter als selbständiger Kaufmann seinem Auftraggeber gemäß §§ 86 Abs.2 HGB, 675, 676 BGB schuldet, so spricht dies entscheidend für die Abhängigkeit, vgl. SozR RVO Nr.34 zu § 539; BSGE 13, 130, 133. Die qualitative Bedeutung, die dem Revisionsrecht bei der Abgrenzung zukommt, ist daher von Fall zu Fall verschieden.
In BSGE 13, 130, 133 war dem Unternehmer ein umfassendes Revisionsrecht eingeräumt worden, das sich sogar auf die Untervertreter erstreckte. Aus diesem Umstand sowie aus der strikten Weisungsgebundenheit des Dienstleistenden hat das BSG zu Recht das Bestehen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses gefolgert.

3) BSGE 13, 130, 133

Dementsprechend erblickt das BSG in Übereinstimmung mit dem BAG in einer ausgedehnten Berichtspflicht ein Anzeichen für die persönliche Abhängigkeit.[1)]
Entsprechend der gesetzlichen Regelung des § 84 Abs.1 HGB, die einen allgemeinen Rechtsgedanken verkörpert, sieht das BSG in dem Abschluß von Geschäften im Namen und für Rechnung des Unternehmers einen Anhaltspunkt für die persönliche Abhängigkeit.[2)]

Wie das BAG geht auch das BSG davon aus, daß ein gewisses Unternehmerrisiko in Gestalt einer erfolgsabhängigen Provision, der Übernahme erheblicher Betriebskosten sowie der Entlohnung der im eigenen Namen angestellten Hilfskräfte für die Selbständigkeit des Handelsvertreters sprechen.[3)]
Allgemeine Weisungen, die kein Direktionsrecht hinsichtlich der Arbeit im konkreten Einzelfall enthalten, sind auch nach Ansicht des BSG mit der selbständigen Stellung des Handelsvertreters vereinbar.[4)]
Das BAG und das BSG gehen somit im allgemeinen von einer einheitlichen Bewertung der sich im konkreten Einzelfall anbietenden Anknüpfungspunkte aus, wobei diesen jedoch im Einzelfall eine durchaus unterschiedliche qualitative Rolle zukommen kann.

Nach der Rechtsprechung des BFH, die mit der des BAG und BSG übereinstimmt, liegt eine Eingliederung des Handlungsgehilfen mit der Folge des abhängigen Arbeitsverhältnisses dann vor, wenn dieser an einen bestimmten Arbeitsort und eine bestimmte Arbeitszeit und Arbeitsweise gebunden ist. Wer sich die Arbeit nach Belieben einteilen kann, ist im allgemeinen selbständig.[5)]
Ist der Reisevertreter hingegen sowohl in der Art seiner Tätigkeit als auch hinsichtlich der Reisezeiten und Reiseorte an die Weisungen seiner Firma gebunden, und wird er von dieser darin überwacht, so spricht dies wesentlich für ein Dienstverhältnis.[6)]

Andererseits spricht die Abhängigkeit der Vergütung von der

1) BSGE 13, 130, 133
2) BSG SozR RVO Nr.51 zu § 165
3) BSG SozR RVO Nr.51 zu § 165; BSG SozR RVO Nr.34 zu § 539
4) BSG SozR RVO Nr.51 zu § 165; so ebenfalls BAGE 18, 87, 94. Etwas anderes gilt aber für den Fall, daß sich die vertragliche Regelung nicht darauf beschränkt, den übernommenen Pflichtenkreis allgemein zu beschreiben, vgl. BSGE 13, 130, 132.
5) BFH StRK EStG § 19 Abs.1 Ziff.1 R 135
6) BFH StRK EStG § 19 Abs.1 Ziff.1 R 230

Arbeitsleistung, die Beschäftigung mehrerer eigener Arbeitskräfte und die Notwendigkeit sehr erheblicher Aufwendungen nach der Rechtsprechung des BFH in Grenzfällen entscheidend für die Selbständigkeit des Vertreters.[1)]
Manifestiert sich das Unternehmerrisiko in der nicht unbeträchtlichen Höhe eigener Aufwendungen im Verhältnis zu den Provisionseinnahmen und besteht die Verpflichtung, in bestimmten Zeiträumen eine bestimmte Mindestanzahl von Produkten abzusetzen, so spricht dies ebenfalls für die Selbständigkeit.[2)]

Die höchstrichterliche Rechtsprechung im Arbeits-, Sozialversicherungs- und Steuerrecht verwendet somit bei der Abgrenzung des Handelsvertreters von dem Angestellten die gleichen Merkmale. Da jedoch bei der Abgrenzung das Gesamtbild der Tätigkeit zu berücksichtigen ist, kann der gleiche Gesichtspunkt in verschiedenen Fällen durchaus von unterschiedlicher qualitativer Bedeutung für die Bewertung sein.
Unter Zugrundelegung der aufgezeigten Anknüpfungspunkte haben der BGH[3)] und das BSG[4)] einen Tankstellenverwalter übereinstimmend als selbständig angesehen: Wer gegen Provision ständig damit betraut ist, im Namen und für Rec-hnung einer Treibstoffgesellschaft deren Treib- und Schmierstoffe von einer Tankstelle aus zu verkaufen, ist Handelsvertreter.
Bei der Abgrenzung des Arbeitsverhältnisses von der stillen Gesellschaft hat das RG[5)] auf den grundlegenden zwischen beiden Rechtsverhältnissen bestehenden Unterschied abgestellt, der darin zu sehen ist, daß die stille Gesellschaft auf die Bildung einer Zweckgemeinschaft abzielt und in der Gleichordnung der Gesellschafter besteht, während das Arbeitsverhältnis mit Gewinnbeteiligung durch die Unterordnung des Arbeitnehmers unter die Verfügungsmacht des Arbeitgebers gekennzeichnet wird.

Dementsprechend hat das RG bei einer weitgehenden vertraglichen Gleichordnung in der Geschäftsführung die Annahme eines

1) BFH StRK GewStG § 2 Abs.1 R 148; BFH StRK GewStG § 2 Abs.1 R 187; BFH Slg.Bd.56, 200, 202; BFH StRK EStG § 19 Abs.1 Ziff.1 R 135; BFH StRK EStG § 19 Abs.1 Ziff.1 R 230
2) BFH StRK GewStG § 2 Abs.1 R 172
3) BGH VersR 1964, S.1267
4) BSG SozR RVO Nr.51 zu § 165
5) RGZ 142, 14, 21, 22

Arbeitsverhältnisses verneint.[1)]
An Hand dieser Kriterien hat auch der BFH das partiarische Arbeitsverhältnis von der stillen Gesellschaft abgegrenzt: "Eine Dienstleistung ist dann nicht mehr Ausfluß eines partiarischen Arbeitsverhältnisses, sondern wird im Rahmen einer stillen Gesellschaft erbracht, wenn das bestehende Rechtsverhältnis nach den Umständen des Einzelfalles entscheidend das Gepräge einer Partnerschaft (Neben- oder Gleichordnung) trägt, wie sie dem gesellschaftlichen Gedanken des Zusammenwirkens zu einem gemeinschaftlichen Zweck entspricht."[2)]
Übereinstimmend wird im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht anerkannt, daß der Gesellschafter einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft außerhalb seines Gesellschaftsverhältnisses in ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zu der Gesellschaft treten kann.[3)] In der Praxis gehen insbesondere Kommanditisten häufig ein derartiges Arbeitsverhältnis ein.[4)]
Entscheidend für die Abgrenzung ist, ob der Gesellschafter wie die anderen Arbeitnehmer losgelöst von seiner Stellung als Gesellschafter tätig wird.[5)]
Dementsprechend hat das BSG die für die Arbeitnehmereigenschaft charakteristische Abhängigkeit bei einem Gesellschafter bejaht, der nur zu 3/16 am Gesellschaftskapital beteiligt war und der im übrigen einen festen Stundenlohn erhielt und bei Androhung von Lohnentzug für den Fall des Zuwiderhandelns verpflichtet war,

1) RGZ 142, 14 ff

2) BFH Slg.Bd.103, 572, 574, 575; Slg.Bd.91, 373, 374, 375

3) Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, 7.A., § 9 V 3, S.46, Fußn. 27; BSGE 25, 51; LAG Mannheim, DB 1960, S.1159; a.A. Dersch, RdA 1951, S.212 ff, 215. Die für die Arbeitnehmereigenschaft charakteristische Abhängigkeit soll aber bei den Gesellschaftern einer OHG und den Komplementären einer KG (vgl. BSG SozR RVO Nr.1 zu § 537 a.F.; LAG Baden-Württemberg DB 1960, S.1159; a.A. Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, S.82, der ein Arbeitsverhältnis zwischen der OHG und einem Gesellschafter grundsätzlich für möglich hält) sowie dann fehlen, wenn den Kommanditisten durch den Gesellschaftsvertrag die Geschäftsführung übertragen ist, so daß sie nicht von den Komplementären oder den Beschlüssen der Gesellschaft abhängig sind, vgl. LSG Baden-Württemberg, Breithaupt 55.Jg., 1959, S.183; Hueck-Nipperdey, aaO; in diesem Sinne auch LAG Baden-Württemberg DB 1960, S.1159.

4) BGH BB 1963, S.372; LSG Schleswig, Breithaupt 48.Jg., 1955, S.287

5) BGH BB 1963, S.372

die betrieblich festgesetzte Arbeitszeit einzuhalten.[1)]
Lediglich mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 15 Ziff.2 EStG finden diese Grundsätze im Steuerrecht keine Anwendung. Der Gesellschafter einer Personengesellschaft kann zu dieser in kein Arbeitsverhältnis treten. Denn nach § 15 Ziff.2 EStG gelten bei Personengesellschaften sowohl die Gewinnanteile als auch die Vergütungen, die die Gesellschafter von der Gesellschaft für ihre Tätigkeit im Dienst der Gesellschaft beziehen, als Einkünfte aus dem Gewerbebetrieb.
Wie hieran bereits deutlich wird, kann die Rechtsprechung zum Arbeits-, Sozialversicherungs- und Lohnsteuerrecht einheitliche Grundsätze zur Abgrenzung der Mitarbeit auf gemeinschaftsrechtlicher Grundlage von der abhängigen Arbeit im Dienste der Gesellschaft nicht für jeden einzelnen Gesellschaftstypus aufstellen.
Einerseits hängt dies damit zusammen, daß die verschiedenen Gesetze zum Teil verschiedene rechtspolitische Zwecke verfolgen. So gelten im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht Vorstandsmitglieder einer AG nicht als Arbeitnehmer[2)], während sie im Steuerrecht selbst dann als Arbeitnehmer angesehen werden, wenn sie die Gesellschaft tatsächlich beherrschen.[3)]
Unterschiede in der Behandlung der Gesellschafter im Zivil- und Sozialversicherungsrecht einerseits und im Steuerrecht andererseits ergeben sich auch aus der Bestimmung des § 15 Ziff.2 EStG, die spezifische steuerpolitische Zwecke verfolgt.
Andererseits sind die Gründe für die unterschiedliche Behandlung der Gesellschafter in den verschiedenen Rechtsgebieten auch dogmatischer Natur. So wird im zivilrechtlichen Schrifttum

1) BSGE 25, 53, 54

2) vgl. § 3 Abs.1a AVG i.V.m. § 3 Abs.1 Nr.1 AVG und § 165b Abs.1 Nr.1 RVO; § 5 ArbGG; § 12 KSchG; § 5 Abs.2b SchwbG; § 1 Abs.2 Nr.1 AZO. Auch außerhalb dieser Vorschriften werden die Vorstandsmitglieder einer AG im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht mangels einer persönlichen Abhängigkeit nicht als abhängige Arbeitnehmer angesehen, vgl. Brackmann, Hdb. des Sozialversicherungsrechts (Nachtrag Juli 1971), S.307; BGHZ 10, 187, 191; Soergel-Siebert, Kommentar zum BGB, Bd.3, Bem. vor § 611, Rdn.108 (Klotzke-Volze).

3) RFH Slg.Bd.8, 55, 58

der Organstellung der gesetzlichen Vertreter von juristischen Personen überwiegend entnommen, daß diese selbständig sind. Zur Begründung wird darauf verwiesen, der Wille des gesetzlichen Vertreters sei in den Prozeß der Willensbildung der Gesellschaft einbezogen. Dieser nehme daher notwendig eine Unternehmerstellung ein.[1)]

Demgegenüber werden die Gesellschafter - Geschäftsführer einer GmbH im Sozialversicherungsrecht als abhängige Arbeitnehmer behandelt, sofern sie wie eine fremde Arbeitskraft in den Betrieb eingegliedert sind und trotz einer Kapitalbeteiligung keinen derart maßgebenden Einfluß auf die Entscheidungen der Gesellschaft haben, daß sie jede ihnen nicht genehme Weisung verhindern können.[2)] Zur Begründung führt das BSG aus, die gegenteilige Auffassung unterscheide die gesellschaftsrechtlich begründete Organstellung nicht deutlich genug von dem die dienstliche Abhängigkeit bedingenden Anstellungsverhältnis der Organperson gegenüber der Gesellschaft.[2)]

Die Rechtsprechung zum Steuerrecht folgt dem BSG insoweit, als sie anerkennt, daß auch der Gesellschafter - Geschäftsführer einer Kapitalgesellschaft zu dieser in einem abhängigen Dienstverhältnis stehen kann.[3)] Im übrigen geht die steuerrechtliche Rechtsprechung aber typisierend vor. Bei der steuerrechtlichen Erfassung der Bezüge des Gesellschafters- Geschäftsführers wird im allgemeinen ein Teil der Bezüge als Arbeitslohn angesehen. Erst bei Bezügen, die über das vergleichbare Höchstgehalt eines Geschäftsführers hinausgehen, wird unter Berücksichtigung des Ertrages mehrerer Jahre geprüft, ob die Bezüge nicht statt als Arbeitslohn als verdeckte Gewinnausschüttung anzusehen sind.[4)]

1) Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, S.38; Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, 7.A., § 9 V, S.46, 47; vgl. auch Soergel-Siebert, Kommentar zum BGB, Bd.3, Bem. vor § 611 Rdn.108 m.w.N. (Klotzke-Volze); a.A. Sinzheimer, Grundzüge, S.36; Molitor, Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Viktor Ehrenberg, S.45 ff; RAG ARS 3, 207

2) BSGE 13, 196, 198 ff; 17, 15, 20; 23, 83, 84, 85; BSG SozEntsch Nr. 119 zu § 165 RVO

3) BFH DB 1969, S.819; BFH BStBl.1955 III, S.397; vgl.auch oben S.64ff

4) vgl. Blümich-Falk, Kommentar zum EStG, 2.Bd., § 19 Anm.5a, S.2006; Bühler-Paulick, Kommentar zum Einkommensteuer-und Körperschaftsteuergesetz, § 19 EStG, II 1b, Rdn.5, S.6, jeweils m.w.N. aus der Rspr.

Die teilweise unterschiedliche Behandlung der Organpersonen und Gesellschafter im Arbeits-, Sozialversicherungs- und Lohnsteuerrecht läßt aber nicht den Schluß zu, daß der Begriff der abhängigen Arbeit in den verschiedenen Rechtsgebieten unterschiedlicher Natur ist. Dies wird insbesondere auch daran ersichtlich, daß innerhalb des Zivilrechts unterschiedliche Auffassungen über die Behandlung der Gesellschafter auftreten.

In der Frage der Abhängigkeit der Krankenhausärzte gehen der BGH, das BAG und das BSG von einer kongruenten Betrachtungsweise aus.

Nach der Rechtsprechung des BGH, BAG und BSG sind Krankenhausärzte , auch soweit ihnen - wie meist den Chefärzten - das Recht zur eigenen Liquidation gegenüber den Privatpatienten des Krankenhauses eingeräumt ist, in ihrer gesamten beruflichen Tätigkeit als unselbständig anzusehen, wenn sie in einem Verhältnis der persönlichen Abhängigkeit zu dem Krankenhausträger stehen.[1)]

Die Eigenverantwortlichkeit des Arztes bei der Behandlung seiner Patienten, die schon aus Gründen der ärztlichen Standesethik geboten ist, steht der Annahme einer persönlichen Abhängigkeit nicht entgegen. Der Krankenhausarzt befindet sich in keiner wesentlich anderen Lage als der mit Forschungsaufgaben betraute wissenschaftliche Angestellte eines Betriebes, der trotzdem in aller Regel als abhängiger Arbeitnehmer anzusehen ist.[2)] Bedeutsam für die Abgrenzung ist vielmehr, ob der Krankenhausarzt auch im übrigen bei seiner Tätigkeit im wesentlichen vom Krankenhausträger abhängig ist, indem er hinsichtlich der Einteilung und Ausführung seiner Arbeiten bestimmten Verpflichtungen und Weisungen unterliegt.[3)]

Unter diesen Gesichtspunkten kann auch der im übrigen weisungsfrei und eigenverantwortlich tätig werdende Chefarzt in einem persönlichen Abhängigkeitsverhältnis stehen.[4)]

1) BAGE 11, 225; BGHZ 7, 1, 13; BSGE 24, 29

2) BAGE 11, 225, 227; BSGE 24, 29, 32

3) BAGE 11, 225, 228; BSGE 11, 149, 151; BSGE 24, 29, 32, 33; zust. insoweit Herrmann-Heuer, Kommentar zur Einkommen- und Körperschaftsteuer, § 19 II, Rdn.12

4) BAGE 11,225, 228-230; BSGE 10, 41, 46; BSGE 11, 149, 151; BSGE 32, 38, 40, 41

Das ihm eingeräumte Recht zur Eigenliquidation wird nur als ein Teil des Arbeitsentgelts angesehen und kommt nicht als Honorierung selbständiger Berufausübung in Betracht.[1] Durch die Eigenliquidation soll nur das in der Regel verhältnismäßig niedrige feste Gehalt ergänzt werden.

Demgegenüber sieht die Rechtsprechung des BFH in der Berechtigung zur freien Liquidation das entscheidende Kriterium für die freie berufliche Tätigkeit eines Arztes.[2]

Da sich die Selbständigkeit eines Arztes bereits in dem freien Liquidationsrecht manifestiere, sei es zur Annahme der Selbständigkeit nicht erforderlich, daß der Arzt berechtigt sei, dem Verwaltungsträger eines Krankenhauses ärztliche Leistungen von Fall zu Fall in Rechnung zu stellen.[3]

Der Rechtsprechung des BFH kann nicht zugestimmt werden. Die Berechtigung zur freien Liquidation kann eine im übrigen grundsätzlich vorhandene persönliche Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit nicht ausschließen, insbesondere dann nicht, wenn der Krankenhausarzt im Rahmen eines festen Anstellungsverhältnisses wie ein sonstiger Arbeitnehmer in den Betrieb des Krankenhauses eingegliedert ist. Entscheidend für die Arbeitnehmereigenschaft eines Chefarztes ist somit nicht die Form der Vergütung, sondern das Maß der Eingliederung im Einzelfall.[4]

Einigkeit besteht hingegen in der Rechtsprechung des BSG und des BFH darin, daß der Vertreter eines niedergelassenen Arztes

1) BAGE 11, 225, 229, 230; BGHZ 7, 1, 13; BSGE 24, 29, 35; BSGE 32, 38, 40.

2) BFH BStBl. 1953 III, S.142,143; BFH StRK UStG § 2 Abs. 1 R 199; BFH StRK UStG § 2 Abs.2 Ziff.1 R 31; FG Bremen, EFG 1971, S.364, 365

3) BFH StRK UStG § 2 Abs.2 Ziff.1 R 31

4) Kuhns/Reinhard ,Das gesamte Recht der Heilberufe, S.I/363; vgl. auch BSGE 24, 29, 34, 35

nicht in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis steht.[1)]

Zutreffend stellen beide Gerichte darauf ab, daß der Arztvertreter Weisungen des Praxisinhabers nicht unterworfen ist und daß er allein die Verantwortung für die Behandlung der Patienten und die sachgemäße Fortführung der ihm anvertrauten Praxis trägt.[2)] Er wird somit nicht im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses tätig.

In der Beurteilung des Dienstverhältnisses der Referendare stimmt die Rechtsprechung des BSG und des BFH grundsätzlich überein. Beide Gerichte gehen davon aus, daß der Referendar während sein-er Ausbildungszeit in einem Dienstverhältnis zum Staate steht.[3)]

Desgleichen stehen Anwaltsassessoren nach der übereinstimmenden finanz- und sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis, da ihr Dienstverhältnis mit Rücksicht darauf, daß ihnen ihr Aufgabenbereich vom Arbeitgeber zugewiesen wird, im Kern fremdbestimmt ist.[4)] Nicht selbständig sind auch die Assessoren, die als amtlich bestellte Vertreter eines Rechtsanwalts tätig sind.[5)]

Nach dem Grad der persönlichen Abhängigkeit richtet sich auch die Rechtsstellung der Gepäckträger bei der Bundesbahn.

Haben diese bei der Einteilung und Ausführung ihrer Arbeiten den Weisungen des Bahnpersonals Folge zu leisten, so werden sie im Sozialversicherungs- und Steuerrecht als abhängige Arbeitnehmer angesehen.[6)]

Nebenbeamtlich tätige Fleischbeschautierärzte, die Einzelvergütungen in Gestalt von Gebührenanteilen erhalten, stehen nach der Rechtsprechung des BGH, BAG, BVerwG und BSG in einem abhängigen

1) BSGE 10, 41, 44; BSGE 11, 149, 151, 152; BFH BStBl.1953 III, S.142, 143

2) BSGE 10, 41, 44; BSG SozR RVO Nr.14 zu § 165; BFH BStBl.1953 III, S.142, 143

3) BSG HFR 1971, 168; BSG SozEntsch. § 1 AVG Nr.15; BFH BStBl. 1972 II, S.251, 253; BFH BStBl.1972 II, S.643

4) BSGE 21, 57, 59; BSG BB 1969, S.1481, 1482; Hess.FG Kassel EFG 1955, 46

5) FG Münster EFG 1962, 127; LSG Niedersachsen, SozEntsch. § 165 RVO Nr.415

6) BSGE 8, 278, 283; FG Münster EFG 1971, 596, 597

Beschäftigungsverhältnis.[1)]
Zur Begründung verweisen das BSG und das BVerwG darauf, daß die Pflichten der Fleischbeschauer bis ins einzelne durch Verordnungen und Dienstanweisungen festgelegt sind (Die Beschauer sind verpflichtet, die Beschau in allen Fällen vorzunehmen, in denen sie von ihnen verlangt wird; wie die Beschau vorzunehmen ist, ist detailliert festgelegt; die in den Fleischbeschauämtern tätigen Beschauer müssen die Dienststunden einhalten; sie erhalten ihre Arbeit ohne Rücksicht auf etwaige Wünsche der Tierbesitzer zugeteilt.[2)]).
Die Beschauer sind demnach als unselbständige Arbeitnehmer in die ihnen übergeornete Verwaltung eingegliedert.[3)]
Ihr Anstellungsverhältnis weist zudem die typischen Merkmale eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses auf (Sie unterst-ehen einer Dienstordnung und sind der Gehorsams- und Schweigepflicht, dem Verbot der Annahme von Geschenken und der Haftpflicht unterworfen.[4)]).
Gleichfalls haben der BFH[5)] und das FG Nürnberg[6)] eine selbständige (gewerbliche) Tätigkeit der Fleischbeschauer verneint.

Im Sinne der obigen Rechtsprechung weist das FG Nürnberg darauf hin, daß die Unterstellung der Beschauer unter eine Dienstordnung mit der Rechtsstellung eines Selbständigen nicht zu vereinbaren ist.[7)]
Die vorstehend zitierten Entscheidungen gehen somit im wesentlichen von einheitlichen Bewertungsmaßstäben aus, indem sie die

1) BGHZ 22, 246; BAGE 13, 211; BAG MDR 1964, S.539; BVerwG DVBl. 1960, S.775; BVerwG DÖV 1968, S.429; BSGE 6, 271; BSG SozR RVO Nr.55 zu § 165
2) BVerwG DVBl.1960, S.775, 776; BSG SozR RVO Nr.55 zu § 165
3) BSG SozR RVO Nr.55 zu § 165; BVerwG DVBl.1960, S.775, 777
4) BSG SozR RVO Nr.55 zu § 165; BVerwG DVBl.1960, S.775, 776
5) BFH v.4.7.1957-V 201.56 (unveröffentlicht),zitiert in BVerwG DVBl.1960, S.775, 776
6) FG Nürnberg EFG 1956, 365
7) FG Nürnberg EFG 1956, 365

persönliche Abhängigkeit der Fleischbeschauer aus ihrer Unterstellung unter eine Dienstordnung und den Eigenheiten ihres Dienstverhältnisses, das die typischen Merkmale eines Arbeitsverhältnisses aufweist, ableiten.
Mit dieser einheitlichen Betrachtungsweise steht die Entscheidung des BFH vom 26.11.1959[1], in der ein nebenbeamtlicher Fleischbeschautierarzt als selbständig im umsatzsteuerrechtlichen Sinne angesehen wurde, zwar nicht im Einklang. Diese Entscheidung beruht aber auf einer spezifisch steuerrechtlichen Betrachtungsweise, nach der Einnahmen aus einer Nebentätigkeit steuerrechtlich ebenso zu behandeln sind wie die Einnahmen aus der Haupttätigkeit (Ausfluß- oder Abfärbetheorie). Abgesehen davon, daß der BFH diese Betrachtungsweise weitgehend aufgegeben hat,[2] steht sie auch in keinem inneren Zusammenhang mit der Frage, ob ein persönliches Abhängigkeitsverhältnis gegeben ist. Die vom BFH hier in den Vordergrund gestellten Gesichtspunkte besagen nichts über das Vorliegen eines persönlichen Abhängigkeitsverhältnisses. Der vorstehenden Entscheidung des BFH kommt somit im vorliegenden Fall keine wesentliche Bedeutung zu.[3]

Nach der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung[4] steht der Filialleiter eines Unternehmens in einem arbeitsrechtlichen Beshhäftigungsverhältnis, wenn er nach dem Vertrag und den tatsächlichen Umständen dem Unternehmer seine gesamte Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen hat, seinen Weisungen bei Ausübung seiner Tätigkeit strikt unterliegt, ohne dessen Genehmigung für kein anderes Unternehmen tätig sein darf, die Revision des Unternehmers in seinem gesamten Geschäftsbetrieb dulden muß und laufend täglich über seine Tätigkeit zu berichten hat. Demgegenüber soll nicht ins Gewicht fallen, daß er in dem Vertrag mit dem Unternehmer als selbständiger Gewerbetreibender bezeichnet wird und

1) BFH BStBl.1960 III, S.39

2) vgl. BFH Slg.Bd.92, 99, 100 m.w.N.; Niederdersächs.FG, EFG 1969, 599, 600

3) Die Entscheidung des BFH beruht zudem auf der weiteren Besonderheit, daß er die Rechtsgültigkeit der Dienstordnung, wonach die Fleischbeschautierärzte der Gehorsams- und Schweigepflicht etc. unterstehen, bestreitet, vgl. BFH BStBl.1960 III, S.39, 40

4) LAG Frankfurt DB 1968, S.1408

Abgaben zahlen soll.
Nach den gleichen Grundsätzen beurteilt sich die Versicherungspflicht der Filialleiterin eines Eheanbahnungsinstituts.[1] Diese steht in einem versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis, soweit sie die allgemeinen oder im Einzelfall erteilten Weisungen zu befolgen hat, zentrale Tages-, Halbmonats- und Monatsberichte zu erstatten sowie die gesamte Korrespondenz der Filiale der Kontrolle halber über die Zentrale zu leiten hat.

Das BSG und das LAG Frankfurt stimmen somit darin überein, daß das Ausmaß der persönlichen Abhängigkeit des Filialleiters maßgebend für das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses ist. Auch nach Auffassung des BSG ist der auf die Begründung eines selbständigen Rechtsverhältnisses gerichtete erkennbare Wille der Beteiligten nicht schlechthin bindend, da der Beurteilung die tatsächlichen Umstände und Verhältnisse zugrunde zu legen sind. Aus der beabsichtigten Entrichtung von Einkommensteuerzahlungen können nach Ansicht des BSG gleichfalls keine Rückschlüsse auf die versicherungsrechtliche Stellung gezogen werden.

Nach der Rechtsprechung des BSG[2] stehen Personen, die Zeitungen an einen feststehenden Bezieherkreis austragen und die Abonnementbeträge einziehen, regelmäßig in einem Verhältnis persönlicher Abhängigkeit auch dann, wenn sie dabei Bezieher werben können und Hilfskräfte verwenden dürfen.
In gleicher Weise wie das BSG bestimmt der BFH die Frage der Abhängigkeit der Zeitungsausträger nach dem Umfang ihrer Bindungen an das Zeitungsunternehmen. Nach der Rechtsprechung des BFH[3] sind Zeitungsausträger Arbeitnehmer, selbst wenn sie das Inkassorisiko tragen, sich vertreten lassen dürfen, neue Bezieher gegen eine Prämie werben können und keinem Konkurrenzverbot unterliegen. Diese für die Selbständigkeit sprechenden Merkmale sind im Gesamtbild von untergeordneter Bedeutung. In dem täglich gleichbleibenden Arbeitspensum ist ein Merkmal der Abhängigkeit zu sehen. Im Hinblick auf die feststehende Zahl der

1) BSGE 11, 257
2) BSGE 14, 29, 31; BSG SozR RVO Nr.16 zu § 165
3) BFH Slg.Bd.94, 189 ff; zust. Herrmann-Heuer, Kommentar zum EStG, § 19 Anm.17; so ebenfalls FG Rheinland-Pfalz, EFG 1956, 305 ff

Abonnenten entspricht die Entlohnung der Zeitungsausträger nicht einem je nach der Tätigkeit schwankenden Leistungslohn, sondern eher einem festen Monatsverdienst.
Der Umstand, daß die Zeitungsausträger im Hinblick auf das Arbeitspensum und die Arbeitszeit von direkten Weisungen im wesentlichen freigestellt sind, steht der Annahme eines Verhältnisses persönlicher Abhängigkeit nicht entgegen. Denn die Anweisungen des Arbeitgebers können durch die sich aus der Natur der Sache ergebende Notwendigkeit bestimmter Verrichtungen ersetzt werden.[1)]
Übereinstimmung besteht in der Rechtsprechung des BSG und des BFH darin, daß Ordensangehörige, die außerhalb ihres Ordens auf dessen Geheiß tätig werden, grundsätzlich nicht in einem Beschäftigungs- (Dienst-)verhältnis stehen.[2)] Etwas anderes gilt nur dann, wenn sie auf Grund von Einzelarbeitsverträgen tätig werden.[3)]
Schließlich wird im arbeitsrechtlichen Schrifttum und in der Rechtsprechung des BSG die Abhängigkeit der Stundenbuchhalter nach einheitlichen Maßstäben bestimmt. Diese stehen in keinem Beschäftigungsverhältnis, wenn sie in der Gestaltung ihrer Arbeit im wesentlichen frei sind und über ihre Arbeitszeit bestimmen können.[4)]
Die vorstehenden der Rechtsprechung entnommenen Fallgruppen spiegeln die im wesentlichen bestehende Kongruenz der Zivil-, sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Betrac-htungsweise in sinnfälliger Weise wieder.

1) vgl. RVA AN 1904, 527 (Nr.1164); BSG SozR RVO Nr.16 zu § 165 Bl.Aa 11 ...

2) BSG AP 1966, § 611 BGB (Ordensangehörige); BFH StRK EStG § 19 Abs.1 Ziff.1 R 252

3) BSGE 13, 76, 77; BFH StRK EStG § 19 Abs.1 Ziff. 1 R 252

4) Nikisch, Arbeitsrecht, I.Bd., 3.A., § 14 II 1, S.95; BSG SozEntsch.§ 165 RVO Nr.80; BSG SozR RVO Nr.18 zu § 539; vgl. in diesem Sinne auch Bescheid des Generalbevollmächtigten für den Arbeitsein-satz vom 10.11.1942, RABl. S.I 528

9. Schlußbetrachtung

Die Identität der Grundtatbestände des Arbeits-, Beschäftigungs- und Dienstverhältnisses ist - wie die nähere Betrachtung ergeben hat - eingebettet in die dogmatische Öffnung des Sozialversicherungs- und Lohnsteuerrechts zum Privatrecht. In der Identität der Grundtatbestände spiegelt sich zugleich die Einheit der Rechtsordnung wieder, soweit sie die Rechtsstellung des abhängigen Arbeitnehmers betrifft.

Die festgestellte Identität der Grundtatbestände kommt einem virulent empfundenen Bedürfnis der heutigen Zeit entgegen. Angesichts der zunehmenden Aufsplitterung der Rechtsordnung "stehen die Zeichen der Zeit nicht nur im wirtschaftlichen und politischen Bereich, sondern auch im Bereich der Ordnung aller rechtlichen Beziehungen auf Integration, auf Koordinierung und Erkennen der Zusammenhänge."[1)]

Ein dergestalt die Sinnzusammenhänge betonender Integrationsprozeß fördert das Zusammenwirken der Rechtsprechung und Lehre der verschiedenen Rechtsdisziplinen im Interesse der Rechtseinheit und der Rechtssicherheit und läßt den Bürger sinnbegreifend am Rechtsleben teilnehmen.

1) Haueisen, NJW 1964, S.626

Lebenslauf

Geboren am 5.11.1941 als Sohn des Amtsgerichtsrats Otto Prange und seiner Frau Elsbeth geb. Cholet in Sensburg/Ostpreußen. 1948 bis 1954 Besuch der Volksschulen in Schönwerder/Kreis Prenzlau, Prenzlau, Berlin, Hamburg bis zur 6.Klasse einschließlich. Anschließend Besuch der humanistischen Gymnasien Johanneum und Leopoldinum I in Hamburg bzw. Detmold. 1962 Abitur und Studium der Rechtswissenschaften in Göttingen. 1969 1.juristisches Staatsexamen, seit Mai 1969 Referendar im Oberlandesgerichtsbezirk Köln. 1970 und 1971 unter Beurlaubung vom Referendariat wissenschaftlicher Assistent bei Abgeordneten des Deutschen Bundestages. Seit März 1972 Referendar im Kammergerichtsbezirk.